DIE SICHERUNGSÜBEREIGNUNG

Marburg.
1925.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

EINER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG

VORGELEGT VON

WILHELM RITTER

KAMMERGERICHTSREFERENDAR

MARBURG 1925

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor DR. FR. LEONHARD

Angenommen
von der Juristischen Fakultät
der Universität Marburg
im Juli 1925

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PLAN.

A) Einleitung . . . . . Seite 11
B) Hauptteil . . . . . „ 12
I. Abschnitt: Die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung . . . . . „ 12
II. Abschnitt: Die Sicherungsübereignung im heutigen Recht:
I. Kap.: Ihre rechtliche Natur . . . . . „ 27
II. Kap.: Ihre rechtliche Unbedenklichkeit: . . . „ 35
1. Sicherungsübereignung und Scheingeschäft, „ 35
2. Die Stellung der Sicherungsübereignung zum Faustpfandrecht . . . . . „ 42
3. Der Gedanke der gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung . . . . . „ 54
III. Kap.: Einzelheiten der Ausgestaltung:
1. Konkurs und Zwangsvollstreckung . . . „ 55
2. Grenzfragen der Sicherungsübereignung:
a) Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, ... „ 58
b) Der Verstoß gegen die guten Sitten . „ 68
C) Schluß. Zur Reformfrage . . . . . „ 75

Literaturverzeichnis.

Ackermann, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 1919.
Asch, Juristische Wochenschrift 1912 S. 66.
Achilles, Kommentar zum B.G.B., 8. A., 1916.
Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 32.
Bonnet, Die Sicherungsübereignung, insbes. von Warenlagern, 1912.
Borsig, Die Lage der Industrie, Verhandlungen des deutschen Industrie- und Handelstages, Heft 23, 1924.
Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter.
Brütt, Abstrakte Forderung, 1908.
Bütow, Die Sicherungsübereignungen, 1894.
Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und B.G.B., 1914.
Dalberg, Die deutsche Kreditlage Ende 1924, Kölnische Ztg., Nr. 7a vom 4. I. 25.
Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1911.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, Pandekten I. Bd., 3. A.
Dobriner, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern, 1910.
Dreyer, Gruchot's Beiträge, Bd. 40.
Düringer, Leipziger Zeitschrift 1908.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B., 2. A., II. Bd. 1910.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. A., I. Bd., 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1923, I, 1.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, 2. A., 1914.
Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte, 1912.
Fischer, Bankarchiv 1911.
Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Frisch, Verhandlungen des 5. allg. Bankiertages, S. 204.
Gaupp-Stein, Z.P.O., II. Bd.
Geiler, Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? 32. Deutscher Juristen-Tag, S. 185 ff.
Gellner, Das sogenante relative Eigentum, 1914.
Gerbert, Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht, 1905.
Glasenapp, Die deutsche Geld- und Kreditlage, Wirtschaftliche Nachrichten aus dem Ruhrbezirk v. 28. 5. 24.
Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts, 1901.
Hallbauer, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicher zu stellen, insbesondere von der Sicherungsübereignung, Recht 1905, S. 632.
Heinrichsbauer, Die Lage und die Zukunft des deutschen Kapitalmarktes, Wirtschaftliche Nachrichten aus dem Ruhrbezirk, Nr. 27, 5. Jg. v. 20. 8. 24.
Heinsheimer, Bankarchiv 1913.

Hellwig, Gläubigernot, Recht und Wirtschaft, 1. Bd. Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, Arch. f. ziv. Pr. 64.
Herz, Die Sicherungsübereignungen, 1906.
Hoeniger, Sicherungsübereignung von Warenlagern, 1912, Juristische Wochenschrift 1919, S. 419.
Hoffmann, Die Konzentrationsbewegung in der deutschen Industrie, 1922.
Hoffmann, Der Begriff der Gesetzesumgehung, 1905.
Jäger, K.O., 5. A., 1916.
Katzenstein, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, Gruch. Beitr. 49. Bd.
Kleinrath, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, L. Z. 6.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., 1906. Iher. J. 16. Bd.; Iher. J. 28. Bd.
Lang, Ziv. Arch. 83. Bd.
Lehmann, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, 1919.
Leist, Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, 1889.
Lenel, Iher. J. 19.
Fr. Leonhard, Bürgerliches Recht, 1923. Stellvertretung beim Fahrniserwerb.
Leonhard, Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhange über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium, Gruch. Beitr. 25.
Lilienthal, Die Uebereignung zum Zwecke der Sicherung, D.J.Z. 7.
Linckelmann, Die Sicherungsübereignungen, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 7.
Lubert, Das Handwerk an der Jahreswende, Berliner Tageblatt, Nr. 614 v. 28. 12. 24.
Lufft, Deutsche Wirtschaftszeitung Nr. 43, v. 29. 10. 24.
Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, Rhein. Ztschr. 9.
Melchior, Verhandlungen des 32. Dt. Jur. T., S. 203 ff.
Nathan, Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels const. poss. zum Zwecke der Sicherung von Forderungen, 1909.
Neißer, Landwirtschaftliche Kapitalnot, Voss. Ztg. v. 29. 5. 24 Nr. 254.
Nicolai, Kreditbeschaffung, Badische Wirtschaftsztg., Nr. 21 v. 5. 11. 24.
Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Iher. J. 66. Die Fiduzia im römischen Privatrecht, 1890.
Planck, D. Jur. Ztg. 1907.
Regelsberger, Arch. f. ziv. Pr. 63. Bd. in Endemann, Handbuch des Handelsrechts II.
Rehbein, Jur. W. 1910 S. 605. — Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung, Jur. W. 1910.
Salinger, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung? 31. Dt. Jur. T. I. Bd.
Schacht, Preisabbau und Kreditnot, Wirtschaftliche Nachrichten aus dem Ruhrbezirk, Nr. 27 v. 20. 8. 24.
Schmidt, Rich., Lehrbuch des dt. Ziv. Pr. Rechts, 2. A., 1906.
Schönfeld, Sicherungsübereignung von Warenlagern, 1912.
Schöninger, Arch. f. ziv. Pr. 96. Leistungsgeschäfte, 1906.
Schöny, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 35.
Schulze, Alfr., Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iher. J. 43, S. 1 ff.
Seuffert. Z.P.O. II. Bd., 10. A.

Siméon, Recht und Rechtsgang, II. Bd. 10./11. A., 1921.
Skonietzki, Gruch. Beitr. 29.
Staub, Kommentar zum H.G.B., 8. A., 1907, II. Bd.
Staudinger, Komm. z. B.G.B., 7./8. A.
Sydow-Busch, Z.P.O., 15. A., 1919.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts.
Weinberger, Die Aussonderung anvertrauter Werte, Annalen des Dt. Reichs, 1902, S. 427 f.
Weißler, D. Not. Ver. 1911.
Wienstein, Gruch. Beitr. 46.
Wodtke, Die Bekämpfung der Kreditnot, Deutsche Wirtschaftszeitung v. 22. 7. 24, Nr. 29.
Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1, 1921.
Zeiler, D. Not. Ver. 1912; Leipz. Ztschr. 1915.

A. Einleitung.

Das Kennzeichen der heutigen Wirtschaftslage ist die ungeheure Kapital- und Kreditnot, die als schwerer Druck auf der deutschen Wirtschaft lastet. Die Beseitigung dieser Notlage bedeutet die Gesundung unserer Wirtschaftsverhältnisse und damit einen neuen Aufschwung unseres Volkslebens. Die Frage der Kapitalbeschaffung zu den notwendigen Wirtschaftszwecken ist also die heutige Tagesfrage. Die Lösung dieser Frage ist natürlich nicht mit der vorliegenden Arbeit beabsichtigt. Sie macht sich nur zur Aufgabe, einen Weg zur Kapitalbeschaffung, den schon in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts die Praxis sich gebahnt hat, aber von einem Teil der Juristenwelt stark angegriffen wird, seiner wirtschaftlichen Bedeutung wegen zu verteidigen und ausbauen zu helfen: die Sicherungsübereignung. Daraus ergibt sich, nach einer kurzen Darstellung der Entstehungsursachen der Sicherungsübereignung auf ihre wirtschaftliche Bedeutung für die Gegenwart und Zukunft, ihre rechtliche Struktur, Verteidigung und Durchsetzung, und schließlich auf die Frage der Besserungsvorschläge einzugehen.

B. Hauptteil.

I. ABSCHNITT:

Die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung.

Geboren von der Wirtschaftsnot des gewerblichen Mittelstandes, groß geworden im Wirtschaftsleben der letzten Jahrzehnte vor dem Kriege, durchgesetzt trotz vieler Angriffe ist die Sicherungsübereignung ein Produkt unseres Handelsverkehrs, welches die konstante Anerkennung des obersten deutschen Gerichts errungen, aber immer noch ein sehr umstrittenes Rechtsinstitut geblieben ist. Zugunsten der Sicherungsübereignung eine Lanze einzusetzen nur vom rechtlichen Standpunkt aus, hieße keinen vollen Erfolg verbürgen; denn sie ist nur ein Stiefkind unseres Rechtslebens, welches seine unbestreitbare Legitimation in keinem Gesetzbuch zu erweisen vermag. Volles Verständnis für sie zu gewinnen heißt vor allem ihre wirtschaftliche Bedeutung erkennen.

Die Sicherungsübereignung hatte in den Wirtschaftsverhältnissen vor dem Kriege nur Bedeutung für den gewerblichen Mittelstand, d. h. für den Einzelkaufmann, den selbständigen Handwerker, den Kleinfabrikanten. Die Gründe hierfür waren folgende:

Das zur Verfügung stehende Kapital wanderte zum weitaus größten Teil in die Großindustrie und den Großhandel, welche ihre Betriebe mit immer gesteigerter Intensität der Großmachtstellung Deutschlands entsprechend für den Welthandel einrichteten und mit größter Energie ihre technischen Produktionseinrichtungen zu verbessern suchten. Die ungeheuere Anspannung dieser Wirtschaftskräfte hatte als naturgemäße Gegenerscheinung die gewaltige Anspannung auf dem hierfür in Anspruch genommenen Kapitalmarkte, an den von Tag zu Tag größere Ansprüche gestellt wurden. Die geldliche Befriedigung dieser Wirtschaftskreise wurde in hervorragendem Maße durch die Sicherheitsmöglichkeiten, die ihnen zur Verfügung standen, begünstigt. Abgesehen davon, wurden ihnen, da sie durch dauernde, gute Geschäftsverbindungen mit den großkapitalistischen Banken verbunden waren, auch Personalkredite gewährt. Als Sicherungsmittel konnten sie ihre Grundstücke bieten,

auf denen Hypotheken eingetragen wurden, was für das kreditierende Kapital infolge der vortrefflichen Regelung des Hypothekenrechts eine willkommene Anlagebasis bedeutete, wovon nun auch in außerordentlich hohem Maße Gebrauch gemacht wurde. (Vgl. D.Not.Ver. 1915 S. 648; Köln. Ztg. Nr. 7a v. 4. 1. 25: „Die dt. Kreditlage Ende 1924".) Ferner waren durch Aufnahme von Obligationen und Ausgabe von Vorzugsaktien neue Möglichkeiten für Kapitalaufnahmen gegeben.

Demgegenüber befand sich der mittelständische Gewerbetreibende in folgender Lage:

Um den Verlust der Kundschaft zu vermeiden, mußte er dieser langfristigen Kredit einräumen, ihr „borgen". Um aber seinen Geschäftsbetrieb weiter aufrecht erhalten zu können, mußte er seine Warenbestände stets aufgefüllt halten, was ihm aber nur durch stets zur Verfügung stehende Gelder möglich war, da sein Lieferant strenge Zahlungsbedingungen stellte. (Vgl. Ackermann a. a. O. S. 158.) So hatten „schwache Besteller" vorauszubezahlen, kleinere Abnehmer bekamen vierwöchiges Ziel. Der Kaufmann wurde somit ohne sein Zutun in die wenig angenehme Lage versetzt, in der er sehen mußte, wie man ihm von beiden Seiten das Geld entzog. Diese Zwangslage mußte durch Aufnahme von Krediten beseitigt werden. Aber Kredite zu bekommen, war wiederum sehr schwer; denn die Kapitalien wanderten, wie wir sahen, in die Großindustrie und den Großhandel. Sicherheiten, wie diese, zu bieten, war ihm unmöglich, da er weder Wertpapiere noch Grundstücke besaß. Personalkredit wurde ihm nicht gewährt, da die Großbanken infolge ihrer Interessen für möglichst große Geldgewinne kein Ohr für den „kleinen Mann" hatten, den sie nicht kannten und der ihnen nichts zu bieten hatte als seine Ehrlichkeit. Von den Sparkassen war ebenfalls kein Kredit zu bekommen, da diese ihre Gelder stets flüssig zu halten gezwungen waren. Falls er einer Genossenschaftskasse angehörte, konnte er sich allenfalls an diese wenden. Aber diese Kreditinstitute wurden infolge ihres Arbeitens mit fremdem Gelde leicht ihren Zwecken entfremdet, sodaß sie auch schwer Personalkredit ohne Sicherheit gaben. Hinzu kommt, daß ihre Darlehen teuer waren, da sie die fremden Gelder hoch verzinsen mußten, um sie anziehen zu können, und das Risiko groß war und Nebenspesen, wie Bürgschaftsleistung, viel kosteten, sodaß der Zinssatz für den Kreditierten ein hoher war. Die meisten gewerblichen Unternehmungen waren darum auch gar nicht an solche angeschlossen, sodaß der Segen dieser Kreditinstitute für den kleingewerblichen Stand nicht allzu bedeutend war.

Die Einführung der Diskontierung von Buchforderungen war zwar ein segensreicher Schritt zur Kapitalgewinnung, konnte aber nicht in großem Umfange heilbringend wirken, da sie sich einmal

nur auf Forderungen bezieht und die toten Werte nicht mitumfaßt und zum andern trennend zwischen Diskontnehmer und dessen Kunden wirkt.

So sah sich schließlich der „kleine Mann" vor die Frage gestellt: wie mache ich meine Werkzeuge, meine Maschinen, überhaupt meine toten Werte als einzige Sicherungsmöglichkeit für die Kreditanziehung nutzbar? Im Gesetz fand er keine Stütze: Hypotheken kamen nicht in Frage, und seine Maschinen, Werkzeuge und Warenbestände als Faustpfand hinzugeben, verbot sich von selbst, sie waren unentbehrlich.

In dieser Notlage entstand die Sicherungsübereignung, von der nunmehr in immer steigendem Maße Gebrauch gemacht wurde. Der Kaufmann konnte im Besitz der Sicherungsobjekte bleiben und bekam sie nach Rückzahlung des Darlehens wieder übereignet. Trotzdem die Sicherungsübereignung oft zu unreellen Machenschaften benutzt wurde, sodaß ihre Beseitigung stürmisch gefordert wurde, hat sie doch sehr segensreich gewirkt; denn sonst hätte sie sich nicht mit solcher Macht durchsetzen und die dauernde Anerkennung des Reichsgerichts erwirken können.

Die Kriegsereignisse ließen jedoch bald die Sicherungsübereignung völlig in den Hintergrund treten. Die Ursachen hierfür waren folgende:

Während es vor dem Kriege hieß: Waren genug, aber kein Geld, so hieß es nunmehr: Geld genug, aber keine Ware. (Ackermann S. 171.) Der Abschluß Deutschlands von dem Weltmarkte hatte naturgemäß alle Waren ungemein begehrenswert gemacht und damit ihre Preise gehoben. Diese aber konnten infolge der großen Geldflüssigkeit ohne weiteres bezahlt werden, was wiederum ein Steigen der Warenpreise zur Folge hatte. Die Geldflüssigkeit war hauptsächlich durch folgende Umstände bedingt:

Die meisten Betriebe wurden für die Kriegswirtschaft in Anspruch genommen, neue Betriebe hierfür eingerichtet. Die hohen Anforderungen der Kriegsführung bewirkten eine hohe Bewertung der Arbeit, welche, um Streiks oder sonstige Stillegungen zu verhüten, mit großen Geldsummen sofort entlohnt wurde. So entstanden große Kapitalien, die Bankguthaben wuchsen, die Anspannung auf dem Geldmarkt schwand.

Gleichzeitig sicherte eine umfassende Kriegsgesetzgebung den Schuldner vor Eingriffen von Seiten des Gläubigers: Grundstücke durften nicht versteigert werden, die Mietwohnungen wurden unkündbar, die Hypothekenzinsen mußten gestundet werden u. a. m.

Durch diesen Gesetzesschutz und die große Geldbeschaffungsmöglichkeit verschwand das Bedürfnis nach Kredit und Kreditformen: die Sicherungsübereignung sank zur Bedeutungslosigkeit herab.

Das Bild ändert sich mit Kriegsende vollkommen. Im Wesentlichen in der Unterschrift des Friedensdiktats von Versailles lag das neue Erwachen der Sicherungsübereignung beschlossen: infolge des Befehls der Feindbundstaaten zur Herausgabe ungeheuerer Werte, zur langjährigen Fronarbeit war der Nährboden für die Sicherungsübereignung wieder vorbereitet. In der Vorkriegszeit hatte sie diesen in der Geld- und Kreditnot des gewerblichen Mittelstandes gefunden, in der Nachkriegszeit findet sie ihn in der Geld- und Kreditnot der ganzen deutschen Wirtschaft. Drei Hauptursachen sind für die heutige Lage der deutschen Wirtschaft bestimmend gewesen: 1. Versailles, 2. innerpolitische Ursachen und 3. weltwirtschaftliche Gründe.

Vor allem Versailles:

Die schweren Friedensbedingungen und die durch deren Annahme verursachten Verluste der deutschen Wirtschaft sind als bekannt vorauszusetzen. In Ausführung des Friedensdiktats ist als eine Folgeerscheinung die Passivität der deutschen Handelsbilanz zu erwähnen, welche die Veräußerung von Teilen des Volksvermögens zur Deckung des Passivums nötig machte. (Vgl. Nicolai a. a. O.) Durch das Angebot großer Teile der Landesvaluta im Ausland wurde der Markkurs herabgedrückt. Der Notenumlauf der Reichsbank nahm dauernd zu, welche den Zahlungsmittelbedarf schließlich nicht mehr befriedigen konnte, sodaß in steigendem Maße „Notgeld" von Kommunen, industriellen Unternehmungen und Privatpersonen ausgegeben und vom Verkehr angenommen wurde. Die Inflation als wichtigste Folgeerscheinung war da, die unaufhaltsame Entwertung des Geldes wurde durch die Diskontierung der Reichsschatzanweisungen zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Finanzverwaltung beschleunigt (vgl. Glasenapp a. a. O.), die Mark sank ins Bodenlose: die Inflation machte ganze Arbeit.

Mit der Stabilisierung der Währung und der Einführung der Rentenmark am 15. 11. 23 zeigte sich die vernichtende Wirkung der Inflation in der Kapitalnot des ausgebluteten Wirtschaftskörpers. In drei Richtungen hatte die Inflation gewirkt:

1. in dem vollkommenen Stillstand der Spartätigkeit. Was dies für die deutsche Wirtschaft bedeutet, ermißt man aus der Tatsache, daß in den letzten Jahren vor dem Krieg dem Kapitalmarkt eine jährliche Ersparnis von ca. 8 Milliarden Goldmark zugeführt wurde. (Vgl. Heinrichsbauer a. a. O.)

2. in dem Verlust ungeheuerer Substanzwerte. Bekannt ist die Ueberflutung Deutschlands mit ausländischen Käufern, welche ungeheuere Werte zu Schleuderpreisen erwarben. In Berlin z. B. wurden ganze Häuserviertel an Ausländer zu unerhört niedrigen Preisen verkauft. Die hohe Goldsteuerbelastung tat ein Uebriges zur Verringerung der Substanzwerte. Hierunter litt besonders das

Handwerk, das sich bis heute von diesen Verlusten noch nicht erholt hat. (Vgl. Lubert a. a. O., ferner hinsichtlich der Landwirtschaft die Ergänzungsdenkschrift für den Sachverständigenausschuß der Reparationskommission.)

3. hat die Inflation namentlich die Flucht in die Sachwerte und den Luxuskonsum hervorgerufen. Da das Geld von Tag zu Tag weniger wert war, wurde die Wertminderung durch schnelle Umsetzung der Papiermarkbeträge in Sachwerte abzuschwächen versucht. Die Industrie verwandte die ihr zur Verfügung stehenden Beträge zum Ausbau ihrer Betriebe, jedoch verhinderte in vielen Fällen der schnelle Marksturz eine planvolle Ausbauung der Produktionseinrichtungen, sodaß die Umsetzung vielfach nur im Ausbauen von nicht der Produktion dienenden Büroräumen Gestaltung fand. (Vgl. Schacht a. a. O.) Die Folge davon ist, daß der Fortschritt in unserer Produktionstechnik und -organisation gegenüber dem Stand von 1914 nur unwesentlich ist. Diese Folge wirkt hemmend auf unseren Export, einmal deshalb, weil die Warenpreise höher sind als die des in der Produktionstechnik weit vorgeschrittenen Auslands, wie z. B. Amerika, und zum andern aus dem Grund, daß bei einer vorgeschrittenen Produktionstechnik die Fertigwaren eine viel höhere Zahl erreichen als bei einer zurückgebliebenen im gleichen Zeitraum. Auch hierin ist uns Amerika, z. B. in seiner Automobilindustrie, weit voraus. Aehnlich liegen die Verhältnisse in der Landwirtschaft. Sie hat ebenfalls alles flüssige Geld in Sachwerte umgesetzt. Zwar liegen bei ihr die Verhältnisse insofern günstiger, als sie Produktionsmittel erworben hat, die zur landwirtschaftlichen Betriebsführung außerordentlich förderlich sind, jedoch hat sie im Gegensatz zur Industrie fast gar keine mobilen Sachwerte, welche in der heutigen Stabilisierung eine Umsetzung in flüssiges Betriebskapital ermöglichten, erworben (vgl. Neisser a. a. O.), ja auch vielfach nur Sachwerte für den Luxuskonsum. Mit der Stabilisierung zeigte sich somit eine scharfe Betriebskapitalnot. Das flüssige Betriebskapital war vollkommen in zum Teil unproduktiven, zum Teil nicht realisierbaren Sachwerten und im Luxuskonsum aufgegangen.

Ergänzt wird dieses Bild der deutschen Wirtschaftslage noch durch den unproduktiven Kampf zwischen Kapital und Arbeit, welcher die Gegensätze zwischen den beiden Produktionsfaktoren verschärft und darum hemmend wirkt. Die staatliche Preiswucherpolitik (vgl. Schacht) und die untragbare Steuerpolitik (vgl. Hoffmann a. a. O.; v. Borsig a. a. O.; Lubert a. a. O.) taten ein Uebriges zur Verschlechterung der Lage.

Die Notlage der Wirtschaft wird schließlich noch durch die weltwirtschaftliche Lage verschärft. Auslandsstaaten, wie z. B. Australien, Brasilien, haben während des Krieges und nach dem

Kriege ihre Industrien ganz bedeutend verstärkt. Die Folge dieser Industrialisierung ist die Aufrichtung von Zollmauern, um die unerwünschte Einfuhr fremder Waren zu verhindern. Besonders erschwerend für unseren Export wirkt in diesem Zusammenhange die 26 % Reparationsabgabe. Die geschwächte Kaufkraft ausländischer Staaten ist ebenfalls für unsere Wirtschaftslage unerwünscht: so leidet z. B. Argentinien unter dem Rückgang seiner Vieherzeugung. Rußland ist als Bezieher völlig ausgeschieden. Besonders ungünstig wirkte für die deutsche Landwirtschaft der Ausfall der Welternte von 1923, und zwar darum, weil der deutsche Landwirt mit seinen Produktenpreisen erheblich herunter gehen mußte, um Absatz zu finden, und ferner die Produktionsmittelpreise außerordentlich hoch waren. Dieses so entstehende Mißverhältnis einerseits und die Illiquidität anderseits hat dem Landwirt um einen großen Teil derjenigen Reserven gebracht, die ihm vielleicht noch zur Verfügung standen. (Vgl. Neisser a. a. O.) So ist jegliches Betriebskapital bei ihm verschwunden. Vor allem aber ist in dieser weltwirtschaftlichen Betrachtung noch eins zu beachten: infolge der ungeheueren Wettbewerbsfähigkeit der ausländischen Staaten auf dem Weltmarkt ist die Zahlungsstundung eine wichtige Bedingung, um Aufträge hereinzubekommen und damit Absatz zu finden. Daß dieser Konkurrenzkampf bei der heutigen Illiquidität und infolge unserer zurückgebliebenen Produktionstechnik, des Fortfalls der Ermäßigung der Eisenbahnfrachten, ferner der Steuerbelastung und des Fortfalls jeder Exportprämie höher geschraubten Preisen ungeheuer schwer zu führen ist, liegt auf der Hand. (Vgl. „Zur Lage der deutschen Maschinenindustrie“ in Berliner Lokal-Anzeiger v. 10. 2. 25; ferner Geschäftsbericht der Siemens-Schuckert Werke für 1923/24 in Berlin, Lokal-Anz. Nr. 69 v. 10. 2. 25; v. Borsig a. a. O.) Die große Bedeutung der Aktivierung unserer Handelsbilanz zwingt uns aber, die notwendigen Konzessionen den ausländischen Käufern gegenüber zu machen.

Das Bild ist gezeichnet. Es ist ähnlich wie das Vorkriegsbild, nur ins Große verschoben. Dort war es der mittelständische Gewerbetreibende, welcher seiner Kundschaft, um sie nicht zu verlieren, „borgen“ mußte, hier ist es die deutsche Wirtschaft, welche dem ausländischen Käufer gegenüber, um den Absatz nicht zu verlieren, langfristigen Kredit gewähren muß. Dort war es der Lieferant, welcher für seine Lieferungen strenge Zahlungsbedingungen stellte, hier ist es einerseits das Ausland, welches als Rohstofflieferant Bezahlung fordert und anderseits der Staat mit drückenden Steuerforderungen. So ist die Zwangslage für die deutsche Wirtschaft, die aller flüssigen Geldmittel bar, eine große.

Damit erhebt sich für die deutsche Wirtschaft die Frage der Kapitalbeschaffung.

Vor dem Kriege standen 30—40 % des gesamten deutschen Vermögens, welches auf 300—320 Milliarden Goldmark geschätzt wurde, als flüssige Gelder dem Kapitalmarkt und damit der Wirtschaft zur Verfügung. (Vgl. Heinrichsbauer a. a. O.) Dahingegen werden die heute — Anfang 1925 — zur Verfügung stehenden Kapitalien bei günstiger Schätzung auf 20—25 Milliarden Goldmark geschätzt. Als mildernde Umstände sind allerdings in Betracht zu ziehen, daß die Gebietsabtretungen eine Verminderung der Ansprüche an den Kapitalmarkt um ungefähr 10 % und die unvollständige Ausnutzung der deutschen Wirtschaft — so arbeitet z. B. die Leinenindustrie nur mit einer Ausnutzung von 70 % (vgl. „die Zukunft der Leinenindustrie" in Vossische Zeitung Nr. 585 v. 10. 12. 24) — eine weitere Senkung um 30 % bedeuten. Trotzdem bleibt noch eine Deckung von ungefähr 70 Milliarden Goldmark. (Vgl. Heinrichsbauer a. a. O.)

Kann sich die deutsche Wirtschaft diesen Betrag verschaffen? Zunächst soll kurz die Lage der Geldquellen des Inlandes in Betracht gezogen werden. Für die Großindustrie und den Großhandel kommen zunächst die in der Vorkriegszeit mit ihnen in dauernder Geschäftsverbindung gestandenen Großbanken in Frage. Nach der Schätzung Helfferichs betrugen die Einlagen bei den deutschen Kreditbanken Ende 1912 9,3 Milliarden Mark, dahingegen heute nur etwa 3,5 Milliarden Mark.

Die Lage bei den Sparkassen ist noch ungünstiger. Gegenüber einer Vorkriegsziffer von ungefähr 20 Milliarden Mark kommt heute nur eine solche von etwa 1,3 Milliarden in Betracht. (Vgl. Dalberg a. a. O.) Dabei ist aber zu bedenken, daß nur der kleinere Teil dieser letztgenannten Summe eigentlich Spareinlagen darstellt, während der größere bankmäßige Einlagen auf Girokonto bildet.

Der für das Kleingewerbe und die Landwirtschaft in Betracht kommende Geldmarkt der Genossenschaften zeigt gegenüber einer Vorkriegseinlage in Höhe von 3 Milliarden Mark heute eine solche von höchstens 300—400 Millionen, also etwa 10 % der Vorkriegsziffer. (Vgl. Dalberg a. a. O.) Dies bedeutet zur Zeit nur eine sehr schwache Hilfe. (Vgl. „Landwirtschaftlicher Kredit für Warenumschlag und Einzelbetrieb" in Schriftenreihe des Konzerns deutscher Landbundgenossenschaften e. G., Heft 1, März 24; ferner Rede des Grafen Kanitz in der allgemeinen Aussprache im Deutschen Reichstag, 407. Sitzung v. 7. 3. 24, über den Notetat; Deutsche Tageszeitung Nr. 137 v. 21. 3. 24.)

Nebst diesen nur spärlich fließenden Kreditquellen kommt als heute wichtigstes Kreditinstitut die Reichsbank in Frage. Ausgehend von der Erhaltung der Stabilisierung hält die Reichsbank seit der Kreditsperre Anfang April 1924 an der Kreditrationierung fest. Demgemäß entfällt nur eine Höchstsumme an die Wirtschaft, welche im Herbst 1924 noch eine Erhöhung um 10 % erfahren hat. Diese be-

trägt zur Zeit etwa 2,3 Milliarden Goldmark (vgl. Dalberg a. a. O.), welche somit der Wirtschaft zufließen können. Nach dem Reichsbankausweis vom 31. 1. 25 hat sich ein gesamter Zahlungsmittelumlauf von 4,2 Milliarden Mark ergeben. Demgegenüber betrug der Vorkriegsumlauf etwa 5,5 Milliarden Mark, zu dem allerdings wegen der im Verhältnis zur Vorkriegszeit gesunkenen Goldkaufkraft noch ein Zuschlag von ungefähr 30 % und wegen der Gebietsverkleinerung Deutschlands ein Abschlag von 10 % gemacht werden muß, sodaß sich die Vorkriegsziffer auf 6,5 Milliarden Mark gegenüber 4,2 Milliarden von heute stellt.

Die Rentenbank kommt als Kreditquelle nicht mehr in Frage, da sie sich dem Dawesplan zufolge in Liquidation befindet und in 10 Jahren als Währungsbank verschwinden soll.

Ganz im Gegensatz zur Vorkriegszeit fließen also die für die Wirtschaft in Betracht kommenden Kreditquellen sehr spärlich. Soweit aber Kredite gewährt werden können, wird dies nur gegen Sicherheit getan.

Personalkredit kommt heute überhaupt nicht mehr in Frage, selbst nicht für die bedeutendsten Unternehmungen. (Vgl. Wodtke a. a. O.) Der Grund hierfür liegt vor allem in dem schon erwähnten Mißtrauen, welches in Anbetracht der häufigen Zahlungseinstellungen, Geschäftsaufsichten und Konkurse den Unternehmungen entgegengebracht wird. Die Landwirtschaft hat von der Rentenbank ungefähr 600 Millionen Mark Personalkredit erhalten, die aber jetzt zurückzuzahlen sind. (Vgl. Dalberg a. a. O.) Für die Landwirtschaft kommen dann noch die Depositenkassen der Genossenschaften und Landschaften in Betracht, deren Personalkredit aber infolge des Verlustes des Vermögens, welches diese Kassen in zinstragenden Papieren angelegt haben, und des erhöhten Geldbedarfs eine starke Verminderung erfahren hat und zu teuer geworden ist. (Vgl. Deutsche Tageszeitung Nr. 111 v. 6. 3. 24.) Somit scheidet der Personalkredit auch für die Landwirtschaft in der Gegenwart fast ganz aus.

Es bleibt somit nur der Realkredit. Daß das Faustpfand als Sicherungsmittel nicht ausreicht, bedarf wohl nur der Erwähnung. Sein Genügen ist infolge der im Wert gefallenen und schwankenden Wert- und Anlagepapiere im Verhältnis zur Vorkriegszeit noch geringer. Schon damals aber erwies sich das Faustpfand als viel zu eng, sodaß dieser Umstand gerade der Grund für die Entstehung der Sicherungsübereignung war. Würde man die Frage, ob das Faustpfand als Sicherungsmittel ausreicht, bejahen, so würde dies den Ausschluß der gesamten Landwirtschaft, die ihre bedeutendsten Werte in Immobilien und unentbehrlichen Mobilien besitzt, bedeuten, sowie des gesamten Handwerks und des Einzelhandels, die fast nur im Besitz von unentbehrlichen Mobilien sind. Daß das Faustpfand

auch heute noch als Sicherungsmittel begehrenswert ist, hebt jedoch seine Enge und damit sein soziales Ungenügen nicht auf.

Bei dieser Kennzeichnung der Wirtschaftslage ist es darum natürlich, wenn in der heutigen Zeit Hypothekenbestellungen zur Sicherung den Geldgebern in großem Umfange angeboten werden. Aber ganz im Gegensatz zur Vorkriegszeit, wo, wie schon erwähnt, das Anlage suchende Kapital sich fast ganz dem Hypothekenmarkte zuwandte, ist die Neigung zur Gewährung solcher Kredite außerordentlich gering. Die Ursache hierfür ist der unbefriedigende gegenwärtige Rechtszustand, welcher für die technische Durchführbarkeit dieser Kredite keine Gewähr bietet. Im Gegensatz zu früher, wo die öffentlichen Lasten, welche aus dem Grundbuch nicht ersichtlich waren, keine Rolle spielten, sind die Grundstücke mit hohen öffentlichen Lasten beschwert, welche in ihrer genauen Höhe nicht feststellbar sind. Zu erwähnen sind hier einmal die Industrieschuldverschreibungen, deren Höhe der einzelne Betrieb selbst nicht kennt, dann die Hauszinssteuer sowie die Obligationensteuer, von der man nicht sagen kann, ob sie neben der Hauszinssteuer zur Hebung gelangt oder nicht. Bei Vorbelastung des Grundstücks mit Hypotheken ist die Aufwertungsfrage zu entscheiden, die heute noch nicht entschieden ist. Hinzu kommt die Neubelastung der Industrie mit den Wiederherstellungsobligationen, deren Höhe ebenfalls nicht feststeht. Infolgedessen ist es fraglich, welchen Rang die neu aufzunehmende Hypothek für den beanspruchten Kredit einnimmt. Gerade dies ist für den Geldgeber wichtig. Sollte man nun bei Grundstücken, welche noch nicht mit Hypotheken vorbelastet sind, annehmen, daß die neu einzutragende Hypothek den Rang hinter den öffentlichen Lasten einnimmt, so ist trotz vollstreckbarer Urkunde noch nicht die Gewähr gegeben, daß der Kreditgeber zu seinem Recht kommt; denn die Bekanntmachung über die Geltendmachung von Hypotheken vom 8. 6. 16. gilt noch heute. Danach können Zahlungsfristen gewährt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt und die Versteigerung, sogar nach abgelehnter Zahlungsfrist, eingestellt werden. Ist nun aber die Versteigerung durchgeführt, so kann nach § 12 dieser Verordnung immer noch der Zuschlag versagt werden, wenn das Meistgebot den Anspruch eines nachstehenden Hypothekengläubigers nicht deckt, und dieser Anspruch innerhalb drei Vierteln des gemeinen Werts liegt. Dabei wird der erste Hypothekengläubiger über weitere Belastungen nicht einmal benachrichtigt. (§§ 13/55 G.B.O.) Dazu kommt heute noch das Mieterschutzgesetz, welches eine Kündigung von Mietverträgen gemäß § 57a des Zwangsversteigerungsgesetzes nicht zuläßt. Somit ist die Hypothekenbestellung kein Kapitalanlockungsmittel und darum als Sicherungsmittel zur Zeit noch sehr wenig brauchbar.

Faustpfand und Hypothek sind die Sicherungsformen für die entbehrlichen Mobilien und die Immobilien. Somit bleibt im Rahmen der

Betrachtung des Realkredits nur noch die Frage nach der Sicherungsverwertung der unentbehrlichen Mobilien. Aber hier erhebt sich wieder die Frage nach der Sicherungsübereignung, welche infolge des Ungenügens des Faustpfandes und der unklaren Rechtslage bei der Hypothekenbestellung heute die bedeutendste Sicherungsform für Kreditgewährung geworden ist. Die Sicherungsübereignung wird heute in riesigem Umfange abgeschlossen. Selbstverständlich geschieht dies relativ zu den gewährten Krediten überhaupt, und diese fließen, wie wir gesehen haben, im Vergleich zur Vorkriegszeit sehr spärlich in die Wirtschaft. Von den Inlandskreditinstituten kann das Kreditbedürfnis der Wirtschaftskreise, wie wir gesehen haben, insbesondere zur Bezahlung der ausländischen Rohstoffe, unmöglich gedeckt werden.. Der Ruf nach dem Ausland um Kreditgewährung ist darum besonders stark in unseren Tagen. Mit diesem Ruf aber erhebt sich die Sicherungsübereignung zu weltwirtschaftlicher Bedeutung.

Da uns durch das Friedensdiktat bedeutende Rohstoffgebiete entrissen worden sind, so sind wir hinsichtlich der Rohstoffversorgung fast ganz vom Ausland abhängig geworden. Unter diesem Gesichtspunkt wächst die Sicherungsübereignung zur weltwirtschaftlichen Bedeutung. Da die knappen Geldmittel zur Finanzierung der Rohstoffeinfuhr nicht genügen, erhebt sich, namentlich für den Industriellen, die Frage: Wie wird die Rohstoffdeckung ermöglicht? Dies kann nur auf zwei Arten geschehen, einmal indem er mit dem Rohstofflieferanten in ein Verhältnis tritt, kraft dessen die Rohstoffe diesem sicher stehen oder indem er die Rohstofflieferung mit geliehenem, ausländischem Gelde finanziert. In beiden Fällen aber erhebt sich die Sicherungsfrage.

Sowohl der ausländische Rohstofflieferant als auch der ausländische Geldgeber geben heute keinen Blankokredit mehr, selbst nicht unseren besten und angesehensten Unternehmungen. Dies mag 1922 noch der Fall gewesen sein (vgl. Geiler a. a. O. S. 199), ist es aber heute nicht mehr, da das Ausland infolge der schweren Belastung der Industrie durch das Dawesgutachten (vgl. Gesetz über die Industriebelastung und das Gesetz zur Aufbringung der Industriebelastung v. 30. 8. 24) und des unsicheren Standes der deutsch-französischen Wirtschaftsverhandlungen naturgemäß mit Mißtrauen erfüllt ist. Dies bestätigt auch die Sicherung des 10-Millionen-Dollarkredits an den Siemenskonzern durch ein amerikanisches Bankhaus in Form der Uebereignung von Rohmaterialien und Waren, ferner die Sicherung der A.E.G. 10-Millionen-Dollaranleihe durch $1^2/_3$fache Deckung (vgl. Vossische Zeitung Nr. 23 v. 26. 1. 25) und, wie mir auf meine Anfrage mitgeteilt wurde, die Sicherung der 15-Millionen-Dollaranleihe der Krupp-A.-G., Essen, in Form der Uebereignung der Vorräte an die Dresdner Bank, Berlin, als

Treuhänderin. Wenn diesen unseren bedeutendsten Unternehmungen kein Blankokredit vom Ausland mehr gewährt wird, so kann man wohl mit Recht sagen, daß das reine Vertrauen in puncto Kreditgewährung vollkommen erloschen ist.

Somit ist nur die Frage der realen Sicherstellung diskutabel.

Was zunächst die Rohstoffsicherung im Verhältnis zum Lieferanten allein betrifft, so ist folgendes zu sagen:

Da die Rohstoffe zur Herstellung von Halb- und Fertigfabrikaten dienen sollen, so ist eine Sicherstellung durch Eigentumsvorbehalt (§ 455 B.G.B.) nicht das Gegebene, weil nach § 950 B.G.B. das Eigentum durch die Verarbeitung zwingend untergeht. Man hat darum andere Wege zu gehen versucht und an den schon in Friedenszeiten in der Textilindustrie angewandten „Lohnveredelungskredit" (vgl. Frisch, Verhandlungen des 5. Allg. Bank. T. S. 204) gedacht. Dieser besteht darin, daß der Unternehmer die Verarbeitung der Rohstoffe im Werkvertrag übernimmt. Er bekommt sie also nicht zu Eigentum. Nach der Fertigstellung erhält der Unternehmer nur einen festen Lohn ohne Gewinnbeteiligung. Aber dieser Lohnveredelungskredit empfiehlt sich aus verschiedenen Gründen nicht:

Denn nur in wenigen Fällen hat der ausländische Rohstofflieferant Verwendung für die hergestellten Fertigfabrikate; so ist z. B. der ausländische Kupferproduzent in seinem Geschäftsbetrieb in der Regel nicht auf den Absatz der daraus hergestellten Fertigfabrikate eingerichtet. Ferner ist zu bedenken, daß nicht immer das Land der Rohstoffe auch das Land für den Absatz der aus seinen Lieferungen hergestellten Fertigfabrikate geeignet ist. So ist z. B. Nordamerika zwar ein Ausfuhrland für Baumwolle, aber kein Absatzland für die aus der Baumwolle hergestellten Fabrikate. Dies ist Südamerika. Mit Rücksicht hierauf war dieser Gedanke im Auslande nicht erwünscht. Aber auch vom inländischen Standpunkte aus ist gegen diesen Plan einzuwenden, daß er einerseits eine zu große Abhängigkeit vom Auslande herbeiführen und anderseits die hieraus erzielte Kapitalgewinnung im Gegensatz zu den großen Gewinnmöglichkeiten auf dem Weltmarkte nur in einer relativ niedrigen Arbeitsentlohnung bestehen würde.

Man hat darum daran gedacht (vgl. Frankfurter Zeitung 2. Morgenblatt Nr. 645; Erdmann: Hamburg Korrespondent Nr. 413 v. 25. 8. 20), daß die deutsche Firma sich dem ausländischen Lieferanten gegenüber verpflichtet, Fertigfabrikate nach der Wahl des Lieferanten — also nicht nur Fertigfabrikate aus ihren eigenen Rohstoffen hergestellt — zu liefern. Aber hier ist wiederum zu bedenken, daß der Betrieb des Rohstofflieferanten auch für den Ver-

trieb einer der Rohstofflieferung an Umfang entsprechenden Warenlieferung eingerichtet sein muß, was jedoch nur selten der Fall ist. Auch hier tauchen wieder die erwähnten Bedenken hinsichtlich der Rohstoff- und Absatzgebiete auf. Darum ist auch dieser Plan nicht ausführbar.

Diese nur theoretisch von Bedeutung gebliebenen Pläne gehören der Vergangenheit an; denn es hat sich gezeigt, daß das Ausland, besonders Amerika, unter dem Druck der übergroßen Geldflüssigkeit und Rohstoffbestände bereit war, Valutakredite zur Finanzierung der Rohstoffeinfuhr zu gewähren. Und diese Bereitwilligkeit wurde besonders in dem vergangenen Jahre 1924 von den deutschen Industriellen nach Möglichkeit ausgenutzt. Die Erlangung solcher Valutakredite war aber nur möglich durch Stellung von realen Sicherheiten. Hier waren folgende Möglichkeiten gegeben:

1. Durch Eintragung einer Hypothek auf dem Grundstück des Unternehmers und Beibringung einer Bürgschaft seitens einer deutschen Bank in Form des Avalkredits oder durch Verpfändung inländischer Wertpapiere. Aber hinsichtlich einer Hypothekenbelastung tauchen die Bedenken auf, die schon oben erörtert wurden, sodaß eine solche vom ausländischen Geldgeber nicht geschätzt wird. Hinzu kommt, daß die deutschen Banken auf Stellung von Avalbürgschaften nicht eingehen, da sie das zu große Risiko dabei fürchten. Eine Verpfändung von Wertpapieren, welche schon im inländischen Kreditverkehr keine große Rolle spielen, bleibt erst recht im ausländischen Kreditverkehr auf Ausnahmefälle beschränkt. Vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus ergibt sich dieser Kreditsicherungsform gegenüber ebenfalls ein großes Bedenken, nämlich das der Ueberfremdungsgefahr des deutschen Grund und Bodens. Zu erwähnen ist darum

2. die Sicherstellung aus dem normalen Geschäftsbetrieb. Hier können nun entweder die Rohmaterialien oder die sonstigen Waren zur Sicherheit dienen. Infolge der notwendigen Weiterführung des Betriebes ergibt sich naturgemäß deren Unentbehrlichkeit, welche wiederum die Benutzung der Faustpfandform ausschließt. Hier dient dann die Form der Sicherungsübereignung.

Der Weg der Kreditgewährung ist zumeist dabei folgender: die ausländische Bank als Kreditgeber bevorschußt in ausländischer Valuta die Rohstoffsendung und behält dafür als Sicherheit die Verfügung über die Konossemente. Dann erfolgt die weitere Regelung der Sicherstellungsfrage durch eine Treuhandgesellschaft als Kontrollorgan für die Durchführung, und nachdem dies geschehen ist, geht das Verfügungsrecht über die Rohstoffe auf den Unternehmer über. Dabei erfolgt die Gewährung des Kredits meist nur für eine bestimmte Zeit, in der Regel für ein Jahr.

Zu erwähnen ist hierbei als bekannteste Treuhandgesellschaft die „Treuhandverwaltung für das deutsch-niederländische Finanzabkommen G. m. b. H.", Berlin (R.G.Bl. 1921 Nr. 4 S. 55.) Diese verwaltet den uns von der holländischen Regierung gewährten Kredit in Höhe von 140 Millionen holländischen Gulden für die deutsche Industrie zwecks Einkaufs von Rohstoffen. Wie aus den Bedingungen hervorgeht, soll die Kreditgewährung sich „den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles nach Möglichkeit anpassen". Hinsichtlich der Frage der Sicherheit heißt es: „Die Treuhandverwaltung ist verpflichtet, Sicherheit zu nehmen. Die Sicherung der Kredite wird im Wesentlichen auf Ware gestellt in einer Weise, die dem Kreditnehmer die notwendige Verfügung über die Ware läßt. Diese Art der Kreditsicherung hat sich durch ihre Anpassungsfähigkeit an die Bedürfnisse des einzelnen Kreditnehmers und durch ihre einfache Art der Durchführung sehr bewährt, und zahlreiche hervorragende Betriebe der deutschen Industrie haben sich zum Zwecke der Inanspruchnahme langjähriger Kredite bei der Treuhandverwaltung mit Erfolg hierauf eingestellt. Die Sicherungsmaßnahmen lassen wir durch uns nahe stehende Kreditsicherungsgesellschaften durchführen". Wie mir die genannte Treuhandverwaltung mitteilte, sind „zum weitaus größten Teil" der bis heute — Februar 1925 — gegebenen Kredite Sicherungsübereignungen abgeschlossen worden, welche sich als die „geeignetste Kreditsicherungsform" erwies.

Im Verlauf der letzten Jahre sind zur genauen Durchführung und Ueberwachung bei der Verwendung von Sicherungsübereignungen von Waren folgende Treuhandverwaltungen gegründet worden: die deutsche Warentreuhand A.G. in Hamburg, die deutsche Industrietreuhand A.-G., Berlin, und die deutsche Treuhandgesellschaft für Warenverkehr, Berlin, die deutsche Kreditsicherungsgesellschaft sowie noch einige andere. Diese Kontrollorgane stehen zwischen Kreditgeber und dem Unternehmer und kontrollieren, daß der Kredit stets in voller Höhe, unter Berücksichtigung eines gewissen Finschusses, gedeckt ist, und daß die aus den Rohstoffen hergestellten Fabrikate, welche infolge der zwingenden Natur des § 950 B.G.B. Eigentum des Unternehmers geworden sind, übereignet werden.

Aus dem Gesagten geht die große Bedeutung der Sicherungsübereignung hervor. In der Wirtschaftsnot des gewerblichen Mittelstandes entstand sie, wurde durch die Kriegsereignisse für Zeit zurückgedrängt, und ihre Bedeutung wuchs wieder durch den unglücklichen Kriegsausgang relativ zu der Not der deutschen Wirtschaftskreise. Ihre Bedeutung ist also rein wirtschaftlicher Natur, sie wurzelt ganz im Wirtschaftsleben. Von der Entwicklung unserer Wirtschaftsverhältnisse wird es also abhängen, ob in Zukunft die

Sicherungsübereignung an Bedeutung verliert oder nicht. Da aber die kommenden Wirtschaftsverhältnisse im Wesentlichen von der zukünftigen politischen Lage Deutschlands abhängen, so kann man eins wohl mit Sicherheit sagen: auf absehbare Zeit wird die Sicherungsübereignung ihre weltwirtschaftliche Bedeutung behalten. Daraus aber ergibt sich für den Juristen die entsprechende Bedeutung der Untersuchung der Sicherungsübereignung im heutigen Recht.

II. ABSCHNITT.

Die Sicherungsübereignung im heutigen Recht.

1. Kapitel.

Ihre rechtliche Natur.

Die Sicherungsübereignung gehört in den Kreis der Treuhandgeschäfte. Da man aber in diesen hauptsächlich nur solche Geschäfte erblickt, die in einer Uebertragung von Rechten zu Gunsten fremder Personen bestehen, sodaß also der Träger der Rechte, der Treuhänder, nicht in eigenem Interesse, sondern nur im Interesse der Personen, zu deren Gunsten ihm die Rechte übertragen worden sind, tätig ist, ist es der klaren Unterscheidung wegen notwendig, die Sicherungsübereignung begrifflich von dem Treuhandgeschäft zu trennen (vgl. Enneccerus, Lehrbuch I, 1. 1923, S. 369 Anm. 10; Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1 S. 565 Anm. 1; Alfred Schulze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in Iher. Jahrb. 43 S. 2). Denn bei der Sicherungsübereignung erhält der Gläubiger die Rechtsmacht zwar auch zu „treuen Händen", aber er soll nicht uneigennützig, altruistisch diese verwalten, sondern der Sicherungszweck drückt kraft seiner ihm innewohnenden Natur der Rechtsstellung desselben einen egoistischen Stempel auf: der Gläubiger will gesichert sein und im Falle seiner Nichtbefriedigung durch den Schuldner seine Rechtsmacht zu eigener Verwertung ausnützen.

Man hat darum die Sicherungsübereignung in den engergefaßten Kreis der „fiduziarischen Geschäfte" genommen (Dernburg a. a. O. S. 566), obwohl Treuhandgeschäfte und fiduziarische Geschäfte sehr häufig identifiziert werden (vgl. Enneccerus a. a. O. S. 369) und ihr Wesen dahin bestimmt, daß „eine Rechtsübertragung zu einem wirtschaftlichen Zwecke" vorgenommen wird, „der diese Rechtsübertragung nicht fordert". (Vgl. Enneccerus a. a. O.) So kann also z. B. Eigentum zur Sicherung einer Forderung übertragen, eine Forderung selbst wieder zediert werden. Das enorme Material in der Literatur, welches die Unklarheit und Uneinigkeit über dieses Gebiet zu Tage gefördert hat, betrifft aber in der Hauptsache die Sicherungsübereignung, die eine Eigentumsüber-

tragung beweglicher Sachen gem. § 930 B.G.B. zur Sicherung einer Forderung enthält. Es sei darum in der Hauptsache auch nur von dieser die Rede.

Um nun die rechtliche Natur der Sicherungsübereignung zu untersuchen, wird es vor allen Dingen nötig sein, die Frage zu beantworten: welches ist das Charakteristische derselben? Sie wird vorgenommen, um dem Gläubiger eine wirtschaftliche Sicherstellung für eine Schuld zu gewähren, die vom Schuldner zu einem bestimmten Termin getilgt werden soll. Der Gläubiger wird zu diesem Zwecke Eigentümer der Sachen, die nach der Vereinbarung mit dem Schuldner ihm verhaftet sein sollen. Da aber das Eigentum dem Gläubiger eine weit größere Rechtsmacht verleiht, als eigentlich zu seiner Sicherung nötig ist, so besteht ein Mißverhältnis zwischen der Rechtsmacht und dem wirtschaftlichen Endzweck, oder kürzer gesagt, da die Eigentumsübertragung ein Mittel sein soll, dem Gläubiger eine rechtliche Sicherstellung zu gewähren, ein Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel. (So auch Enneccerus a. a. O., Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte 1912 S. 135, Leist, Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien 1889, S. 79; Regelsberger, Arch. f. ziv. Pr. 63, S. 173 u. a.)

Diese Inkongruenz könnte nun zu der Annahme führen, und tatsächlich hat man es auch schon angenommen (vgl. Wienstein, Gruchots Beiträge 46, S. 244), daß in solchen Fällen kein Eigentum übergeht, da man nur dann sich in juristischen Formen bewegt, wenn man entsprechende Rechtserfolge verwirklichen will. Die durch den § 929 B.G.B. anerkannte Abstraktheit des Eigentumsüberganges ist aber losgelöst von der Frage, ob die Parteien entsprechende Rechtserfolge beabsichtigen, berührt höchstens die Frage des Ausgleichs unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 B.G.B. ff.). Die abstrakte Natur des Eigentumsüberganges ist eine vom Gesetz fixierte Rechtsfolge, die zwingend immer dann eintritt, wenn die Parteien die vom Gesetz dafür aufgestellten Voraussetzungen erfüllen. Die Parteien können also wohl mit Absicht die Voraussetzungen des § 929 B.G.B. erfüllen, können aber nicht in gleicher Freiheit die Wirkung, also den Eigentumsübergang, eintreten lassen. Diese ist nur eine automatisch wirkende Gesetzesfolge, deren Eintritt eben durch die Voraussetzungserfüllung der sich dieser freiwillig unterwerfenden Parteien erfolgt. Es ist darum unrichtig, wollte man sagen, wie Wienstein (a. a. O.) es tut, die Parteien haben zwar die Voraussetzungen erfüllt, aber sie haben diese um anderer Ziele willen erfüllt, und darum darf eine Eigentumsübertragung nicht eintreten. Erforderlich ist natürlich, daß die Parteien ernstlich einen Eigentumsübergang wollen; denn sonst liegt ein Scheingeschäft vor, das nach § 117 B.G.B. nichtig ist. (Vgl. Enneccerus a. a. O., Fischbach a. a. O.)

Es lassen sich nun verschiedene Arten von Eigentumsübertragungen denken: unbedingt und bedingt. In der Praxis (und somit auch in der Gerichtspraxis, vgl. Caspari Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und B.G.B. 1914 S. 19) ist es nun die Regel, daß die Parteien bei der Sicherungsübereignung das Eigentum sofort und unbedingt übergehen lassen, und der Gläubiger verpflichtet ist, im Schuldtilgungsfall die Sachen zurückzuübereignen. Auch die herrschende Meinung in der Literatur zieht als Regelfall die unbedingte Uebereignung in Betracht, und nur in diesem Fall nennt man gewöhnlich die Sicherungsübereignung eine fiduziarische, da hier das Charakteristische des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, das Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck, ebenfalls in die Erscheinung tritt. (So auch Bonnet, die Sicherungsübereignung, insbes. von Warenlagern 1912 S. 19.) Es sei darum im Folgenden auch nur von dieser unbedingten Sicherungsübereignung die Rede.

Erwähnt seien noch die beiden bedingten Uebereignungsarten, zunächst die auflösend bedingte, welche Schulze (a. a. O.) sogar als Regelfall annimmt, was theoretisch manche Schwierigkeit beseitigt, aber im Leben doch höchst selten von den Parteien gewollt ist. Hat doch das Reichsgericht nur einen Fall dieser Art zu entscheiden die Gelegenheit gehabt! (Vgl. Bd. II, S. 173.) Auch in diesem Falle wird der Gläubiger sofort Eigentümer; er soll aber, wenn der Schuldner zurückzahlt, nicht verpflichtet sein, das Eigentum auf den Schuldner zurückzuübertragen, sondern das Eigentum soll dann von selbst, ipso jure, zurückfallen.

In dem zweiten Fall, der sogen. suspensiv bedingten Uebereignung wird der Gläubiger erst Eigentümer, wenn der Schuldner nicht zahlt. Dieser Fall steht dem Pfandvertrag mit der lex commissoria wohl am nächsten.

An und für sich führt eine Eigentümerstellung eine unbeschränkte Herrschaftsgewalt herbei. Der obligatorische Nebenvertrag bindet aber den Gläubigereigentümer in gewisser Weise. Er soll nämlich über die Sache in keiner Weise verfügen, sie weder veräußern noch belasten: eine Ausgleichsfolge des Sicherungszwecks für die zu weit gehende Rechtsmacht eines Eigentümers. Erst wenn der Schuldner am Fälligkeitstermin nicht zahlt, soll der Gläubiger zu seiner Befriedigung verfügen dürfen. Diese Beschränkung hat den Ausdruck fiduziarisches Eigentum gezeitigt und damit, namentlich für den Fall des Konkurses des Gläubigers berechnet, eine Spaltung des Eigentumsbegriffs. Aus Billigkeitsgründen will man nämlich den Fiduzianten aussondern lassen und redet so von einem „relativ unwirksamen Eigentum“ (vgl. Wolff, Sachenrecht 1921 S. 288). Wolff (§ 88,5 a. a. O.) nimmt ein Eigentum der Art an, daß

„jeder von mehreren als Volleigentümer (Inhaber aller im Eigentum enthaltenen Rechte) erscheint, daß aber der eine als alleiniger Eigentümer gegenüber einer gewissen Person, der andere als Alleineigentümer gegenüber allen anderen erscheint", ohne daß eine Eigentumsgemeinschaft vorliegt. Danach ist das „relative Eigentum" eine Eigentumsgestaltung derart, daß jeder Volleigentümer — „Inhaber aller im Eigentum enthaltenen Rechte" — ist. Jedoch ist nicht jeder Volleigentümer allen Personen gegenüber, sondern der eine ist dies nur dem andern, und der andere allen gegenüber außer dem einen. Jeder von ihnen hat alle Rechte voll und ganz, sodaß nicht etwa eine dingliche Beschränkung des einen zu Gunsten des andern vorliegt oder der eine das Eigentum allein und der andere nur die Eigentumsbefugnisse hat.

Dieser Begriff hat in Literatur und Praxis einen heftigen Widerspruch hervorgerufen, so u. a. Kohler (Lehrbuch des bürgerl. Rechts I. Bd. 1906 S. 158): „Eine derartige Anschauung von Rechten, die nach der einen Seite hin bestehen, nach der andern nicht, ist unklar und nimmt der Rechtsordnung alle Festigkeit und allen Halt". (Vgl. auch Gellner, das sog. relative Eigentum 1914, S. 17.) Die Anhänger der relativen Lehre verweisen zwar auf das Gesetz und sagen: „das Gesetz hat das relative Eigentumsrecht in den §§ 135/6 B.G.B. ausdrücklich anerkannt (so z. B. Weinberger, die Aussonderung anvertrauter Werte, in Annalen d. Dt. Reichs 1902, S. 427 f.) Aber der Hinweis auf diese Paragraphen scheint mir doch kein genügender Rechtfertigungsgrund zu sein. Denn wollte man die in diesen Paragraphen festgelegte Unwirksamkeit gewisser von einem gesetzlichen (bzw. einem gerichtlichen oder behördlichen, die dem gesetzlichen gleichstehen) Veräußerungsverbot betroffener Verfügungen überhaupt für das gesamte Rechtsleben verallgemeinern, so bedürfe es nicht der besonderen Bestimmungen der §§ 135/6, die nur gewisse Voraussetzungen diese relative Wirkung hervorrufen lassen. Eine allgemeine gesetzliche Bestimmung würde genügen. Daß aber eine solche wohl mit Grund vom Gesetzgeber weggelassen, ja mißbilligt wird, scheint mir aus dem Geist des gesamten Sachenrechts hervorzugehen; denn überall ist es dort das Bestreben nach größtmöglicher Klarheit der Rechtsverhältnisse aus Gründen der Rechtssicherheit der mit einander im Verkehr lebenden Rechtsgenossen. Daß ein entwickelter Verkehr nicht ausnahmslos die Offenkundigkeit der Rechtslage zuläßt, liegt in seiner Natur, sodaß der Gesetzgeber nicht entgegengesetzt strenge Erfordernisse aufstellen kann, die ein Hindernis für den Verkehr bedeuten würden; denn das Gesetz hat sich möglichst der Wirtschaft anzupassen. Aber gerade in Bezug auf die Paragraphen 135/6 scheint mir dieses Prinzip des Gesetzgebers voll gewahrt zu sein; denn der Kreis der für den „Schutz bestimmter Personen" ist durch ein gesetzliches, richterliches oder behördliches Veräußerungsverbot

klar umschrieben, und die Publizität solcher Verbote macht die Rechtsgenossen auf die relative Unwirksamkeit entgegengetroffener Verfügungen aufmerksam. Anders wäre dies, wenn ein jeder vertraglich ohne weiteres Rechte übertragen könnte, die nach seinem Belieben wirken oder nicht wirken sollten. Und die hieraus entstehende ungeheuere Rechtsunsicherheit sollte noch vom Gesetz geschützt sein? Das kann nicht gewollt sein. Die in Bezug auf diesen Punkt von Gellner (a. a. O. S. 57) angeführten Gründe gegen die relative Lehre scheinen mir gekünstelt, und manches ist auch unrichtig. Die Annahme einer auflösenden Bedingung spricht gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes; denn nach diesem ist eine Verfügung diesen bestimmten Personen gegenüber ohne weiteres unwirksam, also so, als ob sie gar nicht getroffen wäre, d. h. das Recht bleibt bei dem Ersten zurück. Nach Gellner geht das Recht doch über, und es steht in der Macht des Geschützten, den Rechtsübergang rückgängig zu machen. Daß relatives Eigentum nicht durch Privatwillkür geschaffen werden kann, nehmen folgende Schriftsteller an: v. Tuhr, I. Bd. S. 70; Schöny, Arch. für bürg. Recht S. 330; Fischbach a. a. O. S. 191; Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Iher. Jahrb. 66, S. 297, Anm. 1; Schöninger, Arch. für ziv. Pr. Bd. 96, S. 188.

Man hat auch noch eine andere Gestaltung des Eigentums angenommen, die an dieser Stelle gleich Erwähnung finden soll. Das Reichsgericht hat nämlich im 45. Bd. S. 85 erklärt: „ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zu Eigentum übergeben worden ist, jedoch mit der Abmachung, daß derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben solle, „gehört“ dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich, und deshalb würde es von letzterem Standpunkte aus sogar ungenau sein, wenn der Gesetzgeber jene Ausdrücke auch auf dieses Verhältnis hätte beziehen wollen.“ Diese Ansicht stützt sich auf die Meinung der gesetzgebenden Faktoren und insbesondere auf die Konstatierung der Reichstagskommission zu § 35 K.O. Wenn auch das Reichsgericht sich ausdrücklich gegen eine Teilung des Eigentumsbegriffes ausspricht (S. 82), so ist dazu zu sagen, daß es in der Gegenüberstellung des „formell-juristischen Eigentums“ des Fiduziars mit dem „materiell-wirtschaftlichen“ des Fiduzianten eben doch eine Spaltung vornimmt. Es konstruiert damit ein Innen- und Außenverhältnis unter verschiedenen Personen. In der Gegenüberstellung des Wirtschaftlichen mit dem Rechtlichen liegt eine Gleichwertigkeitsannahme auf juristischer Wage, und dies ist für den Juristen wohl eine gewagte Handlung. Wohl kommt für den Juristen die Wirtschaft in Betracht, namentlich, wenn er beauftragt ist, Gesetze zu schaffen; denn die rechtliche Gestaltung in der Fassung der Gesetze

sollen eine Regelung nach Gemeinwohl und ein Schutz berechtigter wirtschaftlicher Interessen sein. In diesen Gesetzen soll die Ansicht des Juristen ihren Niederschlag finden, und sie ist bindend und maßgebend. Die Aeußerungen aber in den vorbereitenden Kommissionen, auf die sich das Reichsgericht stützt, sind indessen mit Vorsicht aufzunehmen (so auch Enneccerus I. 1, 1919, S. 114). Sowohl die Regierungsvertreter als auch die Mehrzahl der Kommissionsmitglieder waren der Meinung, daß durch die erwähnten Rechtsübertragungen kein Eigentum übergehe (vgl. Lang, Ziv. Arch. 83, S. 336 ff.). Es dürfte darum mit Lang zu sagen sein, daß „die ganze Grundlage jener Konstatierung eine unrichtige" war. Zu einer Teilung des Eigentumsbegriffes wird man diese als Stütze somit nicht heranziehen können. Uebrigens ist es bemerkenswert, daß in einer Entscheidung (vgl. Reichsger.-Komm. 3. A. II. Bd. 1921, S. 229 zu § 930, Note 6) des 7. Ziv.-Sen. des Reichsgerichts vom 30. 10. 17 die Ansicht zum Ausdruck gekommen ist, daß das Eigentum, welches nur der Form nach übertragen, in Wirklichkeit aber bei dem Eigentümer zurückgeblieben ist, mit dem Begriff des Eigentums unvereinbar ist.

Alle diese Konstruktionen, die das Eigentum spalten, wie „relatives Eigentum", „formell-juristisches — materiell-wirtschaftliches Eigentum", „Eigentum nach innen und nach außen", „Legitimationseigentum und wahres Eigentum" usw. beruhen auf der Unklarheit über den Eigentumsbegriff. Das Eigentum als das stärkste Sachenrecht hat absolute Wirkung gegenüber jedermann, und insofern kann es auch nicht mehreren unterstellt gedacht werden. Und ebenso kann es auch kein doppeltes Eigentum an einer Sache geben. Etwas ganz Anderes ist das Miteigentum. Hier handelt es sich um die Zuständigkeit. Geteilte oder alleinige Zuständigkeit ist etwas Anderes als das abstrakte Herrschaftsverhältnis. Beim Miteigentum liegt Eigentumsmehrheit vor, aber diese ist eine Eigentumsgemeinschaft: das Eigentum steht der Gemeinschaft zu, also nur e i n Eigentum.

Es gibt also kein sogen. fiduziarisches Eigentum, welches anders wäre als das gewöhnliche Eigentum. Der Sicherungsnehmer hat volle Eigentümerstellung, auch gegenüber dem Sicherungsgeber. Ein Dritter kann von dem Fiduziar Eigentum erwerben, sei jener nun in gutem oder bösem Glauben; denn er erwirbt von einem Eigentümer.

Eine andere Frage ist nun die, wie oben schon gestreift, ob der Fiduziar das Eigentum auch behalten darf, oder ob der Fiduziant mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung das Eigentum zurückfordern kann. Diese Frage ist gleichbedeutend mit der nach dem Rechtsgrund.

Der Gläubiger bekommt das Eigentum, weil er für seine Forderung gesichert sein soll. Der Sicherungszweck also ist der Beweggrund für die Eigentumsübertragung. Das Eigentum ist jedoch seiner Natur nach nicht geschaffen für eine Sicherung, nur in gewissen Fällen springt es als Notbehelf ein, so hat der entwickelte Verkehr den Eigentumsvorbehalt geschaffen, und das Gesetz hat ihn in § 455 B.G.B. anerkannt. Allgemein ist das Eigentum als Sicherungsmittel noch im § 223 II. B.G.B. vom Gesetz anerkannt. Immerhin muß betont werden, daß das Sicherungseigentum nur einen Notbehelf darstellt, und so ist es auch im Fall der Sicherungsübereignung. Denn das typische Mobiliarsicherungsrecht ist das Pfandrecht, welches das Gesetz in beinahe 70 Paragraphen (§§ 1204 bis 1272) eingehend behandelt. Der Eingangsparagraph 1204 I., der die Definition des Pfandrechts gibt, enthält in klarer Fassung die rechtliche Realisierungsmöglichkeit des Sicherungszweckes. Doch enthält er keinen Hinweis auf seine Ausschließlichkeit gegenüber anderen Möglichkeiten, Forderungen zu sichern. Es würde dies auch nur einen Widerspruch bedeuten mit den §§ 455 und 223 II., durch die, wie wir gesehen haben, auch das Eigentum als ein vom Gesetz anerkanntes Sicherungsmittel sanktioniert ist. Die in § 1205 festgesetzten Voraussetzungen für die Entstehung des Pfandrechts bedeuten jedoch für weite Volksschichten (Handwerk, Industrie, Viehzucht) geradezu ein Hindernis, sich dieses Sicherungsinstituts zu bedienen; denn für die Entstehung des Pfandrechts ist die Preisgabe des unmittelbaren Besitzes erforderlich. Hier ist nun das Eigentum als Notbehelf eingesprungen und hat sich dem Sicherungszweck dienstbar gemacht. Der Verkehr hat sich seiner bedient, der Schuldner überträgt auf den Gläubiger das Eigentum, und da er gezwungen ist, im Besitze der Sache zu bleiben, so vereinbart er nach § 930 B.G.B. mit dem Gläubiger „ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen dieser den mittelbaren Besitz erlangt", also leiht oder mietet die Sache zurück (§ 868 B.G.B.). Da die so erfolgte Eigentumsübertragung nur zur Sicherung einer Forderung dienen soll, schließen die Parteien einen Vertrag dahingehend, daß der Gläubiger sich jeglicher Verfügung enthalten und erst dann sein Eigentumsrecht verwerten soll, wenn der Schuldner am Fälligkeitstermin seine Schuld nicht tilgt. In diesem obligatorischen Nebenvertrag kommt der Sicherungszweck zum rechtsgeschäftlichen Ausdruck und wird so die Stütze für die Eigentumsübertragung, sodaß eine condictio von Seiten des Schuldners nicht Platz greifen kann. (So auch die herrschende Meinung.)

Was nun das interne Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger anbelangt, so kommt zunächst für den Schuldner, da dieser die übereigneten Gegenstände weiter benutzen will, ein Gebrauchsrecht in Frage. Ein bloßes Besitzrecht würde dem Schuldner nicht genügen, also würde sich ein Verwahrungsvertrag (§§ 688 B.G.B. ff.)

nicht empfehlen, dagegen wird ein Miet- (§§ 535 B.G.B. ff.) oder Leihvertrag (§§ 598 B.G.B. ff.), im Regelfall wohl ein Leihvertrag anzunehmen sein (herrsch. M.). Der Gläubiger hat bei vertragswidriger Verfügung Schadensersatz zu leisten. Was die Grundsätze des Pfandrechts anbetrifft, so möchte ich ihre von vornherein anzunehmende Anwendung für die Sicherungsübereignung grundsätzlich ablehnen. Uebrigens würde man im Fall ihrer Verwertung auch nur beweisen, daß die Sicherungsübereignung in ihrer rechtlichen Behandlung dem Pfandrecht gleichzustellen ist. Etwas anderes ist es natürlich, wenn die Parteien die analoge Anwendung vereinbaren; denn es steht ihnen frei, dies zu tun, da das Gesetz in Bezug auf obligatorische Verträge keinen numerus clausus kennt. Zweifel herrscht in der Literatur auch über die Verwertung des Sicherungsgutes durch den Gläubiger. Abzulehnen ist die Annahme der öffentlichen Versteigerung als Regelfall (so Düringer L.Z. 08, S. 104; Düringer-Hachenburg, Komm. z. Hdlsgesb. 2. A. II. Bd., S. 710; v. Tuhr II, 2, S. 193). Haben die Parteien nichts hinsichtlich der Verwertung vereinbart, so hat der Gläubiger die Pflicht, einen möglichst angemessenen Kaufpreis zu erzielen. Um nicht gegen diese Pflicht zu verstoßen, wird er gut tun, sich mit dem Schuldner über die Art des Verkaufs zu verständigen. Der Schuldner wird sehr häufig zu einem freihändigen Verkauf seine Zustimmung erteilen, da oft auf diesem Wege höhere Preise erzielt werden als in öffentlicher Versteigerung. Führt der Gläubiger keine Verständigung mit dem Schuldner herbei, so wird man sagen müssen, der Gläubiger hat seine Pflicht getan, wenn er nach vorheriger Abschätzung im freien Verkauf einen möglichst angemessenen Preis zu erzielen versucht. Wird dies im freien Verkauf dagegen nicht zu erzielen sein, so kann er den Verkauf in öffentlicher Versteigerung vornehmen lassen. Den Mehrwert muß er dem Schuldner herausgeben. (Vgl. Fischbach a. a. O., S. 300; Nathan, Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mit constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen 1909, S. 57; Bonnet, Die Sicherungsübereignung insbes. von Warenlagern 1912, S. 23.)

Das Eigentum an dem übereigneten Sicherungsgut ist nicht an die Forderung gebunden. (So auch Wolff a. a. O., S. 578; Recht 1919 Nr. 1923; a. M. Gerbert, Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht 1905, S. 19.) Es tritt in dieser Hinsicht auch in Gegensatz zu dem Pfandrecht, welches ohne die Forderung nicht bestehen kann (§ 1250 B.G.B.) Das Pfandrecht ist kraft seines Inhalts akzessorisch, seiner Natur nach unselbständig, kann nur durch die Existenz der Forderung bestehen und nur mit ihr zusammen. Anders das Eigentum. Bei Tilgung der Forderung hat der Gläubiger dennoch das Eigentum; dieses ist inhaltlich ein selbständiges Recht. Der Gläubiger ist nur verpflichtet, das Eigentum zurückzuübertragen. (Vgl. auch v. Tuhr II, 2, S. 191.)

II. Kapitel.

Ihre rechtliche Unbedenklichkeit.

1. Sicherungsübereignung und Scheingeschäft.

Die rechtliche Gültigkeit der Sicherungsübereignung ist nicht unbestritten, im Gegenteil, ein Blick über das Material in der Literatur überzeugt sofort von dem großen Streit, den die Stellungnahme zu diesem Institut hervorgerufen hat. Man (z. B. Oertmann, Die Fiduzia im röm. Privatrecht, 1890, S. 76 f., R.G. Bd. 2, S. 173) hat die Sicherungsübereignung mit dem simulierten Rechtsgeschäft identifiziert. Trotzdem man seit Bähr und Hellwig den Gesichtspunkt der Simulation nicht mehr gegen die Sicherungsübereignung geltend macht, bemüht man sich doch noch immer, den Unterschied zwischen Simulation und fiduziarischem Rechtsgeschäft zu beweisen. Der theoretischen Genauigkeit wegen ist dies zu billigen. Es sei darum auch in dieser Arbeit darauf eingegangen.

Worauf muß sich das Wollen im fiduziarischen Rechtsgeschäft beziehen? Das ist die erste und wichtigste Frage, auf die es ankommt. (Vgl. Ackermann, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern, 1919, S. 81; Enneccerus I 1, 1919, S. 372, Anm. 12.) Auf dem Parteiwillen beruhen Bedeutung und Wirkung des Rechtsgeschäfts. Der Kausalzusammenhang zwischen Wille und Rechtswirkung ist stets vorhanden und muß stets vorhanden sein. Die Rechtswirkung tritt ein, weil man sie wollte. Ob aber dieser Kausalzusammenhang ein unmittelbarer oder nur mittelbarer ist, das fragt man sich. Enneccerus (a. a. O., S. 356, Anm. 3) verlangt, daß sich der Wille unmittelbar auf die Rechtswirkung beziehen muß, zum mindesten müsse sie neben dem wirtschaftlichen Erfolg mitgewollt sein, und das sei auch regelmäßig der Fall. Demgegenüber wird behauptet, es genüge, wenn sich der Wille auf einen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg richtet (so Danz, Auslegung S. 7 ff.; Lenel, Iher. I., 19 S. 154 ff.).

Die Parteien wollen zunächst einmal irgendeinen wirtschaftlichen Erfolg; beim fiduziarischen Rechtsgeschäft will der Schuldner, um Geld zu bekommen, einen wirtschaftlich auszunützenden Gegenwert dem Gläubiger als Sicherheit zukommen lassen, der Gläubiger will wirtschaftlich sicher dastehen. Diese wirtschaftliche Sicherstellung erreichen sie durch die Eigentumsübertragung, wenn der Schuldner im Besitz der fiduziarisch übereigneten Sachen bleiben will. Die massenhafte Abschließung der Sicherungsübereignung muß aber zu der Annahme führen, daß die Parteien sich wohl bewußt sind, daß sie diese wählen müssen, wenn sie unter Besitzbelassung beim Schuldner rechtlich gesichert sein wollen. Darüber herrscht auch volle Einstimmigkeit in der Literatur, daß die Parteien ernstlich das Eigentum an den Sicherungsgegenständen übertragen wollen, und die heutige Rechtsprechung vermutet diese so-

gar. Den Parteien ist also Rechtserfolg und Wirtschaftserfolg vollkommen klar und sie wollen durch das Erstere das Letztere. Daß sie alle Einzelheiten der nun eintretenden Rechtsfolgen kennen und wollen müssen, wie sie sich z. B. im Konkurs ergeben, ist nicht erforderlich, scheint mir aber auch nicht von Enneccerus gefordert zu sein. Nötig ist nur das ernstliche Wollen des Eigentumsüberganges. Daß daneben noch gefordert werden soll, wie Ackermann es tut (S. 16 ff.), der Nachweis des Interesses der Parteien, „daß sie die über den wirtschaftlichen Erfolg hinausgehende Rechtsmacht gewollt haben", scheint mir doch zu weit zu gehen. Daß „der Erwerber ein Recht ohne wirtschaftlichen Inhalt" bekommt, vermag ich nicht anzuerkennen. Die größere Rechtsmachtstellung des Fiduziars besteht in ihrer vollen dinglichen Wirksamkeit: veräußert dieser die Sache entgegen der obligatorischen Vereinbarung mit dem Fiduzianten, dann geht das Eigentum über, selbst auf einen bösgläubigen Dritten. Eine wirtschaftliche Nutzung von Seiten des Fiduziars ist also sehr wohl möglich. Er bekommt ein Recht mit wirtschaftlichem Inhalt, und gerade weil das Recht einen wirtschaftlichen Inhalt hat, darum soll der Gläubiger dies nicht ausnützen, er wird obligatorisch gebunden. Das erfordert der Sicherungszweck. Das Eigentum ist kraft des ernsthaften Parteiwillens übergegangen. Mehr Voraussetzungen dürfen nicht gefordert werden, insbesondere nicht ein entsprechender wirtschaftlicher Erfolg. Die Parteien dürfen eben zu jedem rechtlich gebilligten Zweck, also auch zu einem Sicherungszweck, das Eigentum übertragen. Der Wille in dieser Hinsicht ist frei. (Vgl. Herz, Die Sicherungsübereignungen 1906, S. 43; Ackermann S. 18.)

Mit der Feststellung des ernstlichen Wollens oder, wie ich sagen möchte, des rechtlichen Erfolgswillens, ist jedoch erst der erste Schritt, wenn auch der wichtigste, zur Unterscheidung zwischem dem fiduziarischen Rechtsgeschäft und der Simulation getan. Denn in der Literatur wird dieser Begriff oft nicht klar von dem „Handlungs"- und „Erklärungswillen" (vgl. Lehmann, Allg. Teil des Bürg. Gesetzbuches S. 74 ff.) getrennt, eine Ursache, die das klare Erkennen der Willensmängelgeschäfte (§§ 116 ff.) unmöglich macht, was aber wiederum unumgänglich notwendig ist, die Unterscheidung zwischen Simulation und Sicherungsübereignung zu erkennen.

Der bekannte Streit zwischen der Willenstheorie und der Erklärungstheorie ist weder zugunsten der einen noch der andern zu entscheiden. Im § 116 S. 1 wird der Erklärende an seiner Erklärung festgehalten, auf seinen Willen wird gar keine Rücksicht genommen, dieser ist unbeachtlich. Im § 119 wird auf den Geschäftswillen (= rechtl. Absichtswille) wieder insofern Rücksicht genommen, als durch Anfechtung die durch die Erklärung eingetretene Rechtswirksamkeit wieder beseitigt werden kann. So hat der Gesetzgeber jeweils den wirklichen Willen beachtet oder nicht.

Um den für den Gesetzgeber maßgebenden Gesichtspunkt herauszufinden, ist eine Trennung zwischen dem äußeren rechtsgeschäftlichen Gerieren der Parteien und ihrem inneren wahren Willen vorzunehmen. Dieses äußere und innere Bild ist, wie schon erwähnt, in der Bedeutung nicht genügend erkannt.

So meint Regelsberger (Endemann, Handbuch des Handelsrechts II, S. 402/3), die Simulation stehe in naher Verwandtschaft zur Mentalreservation, wenigstens wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft vorliegt. In beiden Fällen werde „absichtlich zur Täuschung anderer der äußere Tatbestand einer rechtlichen Handlung geschaffen ohne den Willen, die demselben entsprechende Wirkung hervorzurufen".

Und doch hat der Gesetzgeber diese Aehnlichkeit so gar nicht respektiert: im § 116 ist Gültigkeit für den äußeren Tatbestand ausgesprochen, im § 117 I Nichtigkeit. Wie kommt das? Die Antwort lautet: für den Gesetzgeber war diese äußere Verwandtschaft gleichgültig. Den Ausschlag gab für ihn nicht das äußere Bild, das, wie zuzugeben ist, sehr ähnlich ist, sondern das innere: im Falle der Mentalreservation wird die andere Partei geschützt, die sich an die Erklärung der einen Partei hält und sie will, in Unkenntnis über den geheimen Vorbehalt der Gegenpartei. Der Wille im guten Glauben der anderen Partei ist ausschlaggebend, und darum soll die eine Partei an ihrer Erklärung festgehalten werden. Anders im Fall der Simulation: der Wille im guten Glauben fehlt, die andere Partei befindet sich in vollem Einverständnis mit der einen Partei, beide Parteien wollen keine Rechtswirkung, darum Nichtigkeit. In Betracht gezogen hat der Gesetzgeber also nur die innere Einstellung der anderen Partei. Und dies ist für die Vergleichung der Simulation mit der Mentalreservation das Wesentliche. Darum kann man auch nicht sagen, daß zwischen ihnen eine „nahe Verwandtschaft" besteht. (Vgl. auch Kohler, Iher. I. Bd. 16, S. 98, der ebenfalls keine Verwandtschaft annimmt.)

Die Bedeutung des Geschäftswillens wird auch von Goltz (Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts 1901) nicht richtig erkannt. Goltz nimmt zwei verschiedene Fälle von Simulationen an. Bei dem ersten und häufigsten Fall „verabreden die Parteien zuerst etwas und nehmen dann die Tradition vor". Bei dem zweiten Fall liegt ohne vorherige Aussprache Einverständnis und Tradition vor. Im Gegensatz zum ersten Fall herrscht bei der Tradition „kein volles Einverständnis über den Inhalt des aufhebenden Vertrages. Man ist sich nur einig, daß ein Scheingeschäft geschlossen werden soll". In diesem zweiten Fall sollen zwei Geschäfte vorliegen: ein ernstes und ein aufhebendes. Im Endergebnis sei es leerer Schein. Der Unterschied, den Goltz hier macht, ist jedoch von keiner rechtlichen Bedeutung. Im ersten Fall geht kein Eigentum über, da keine Eini-

gung vorliegt. (§ 929.) Die Parteien sind sich bei der Tradition einig, daß kein Eigentum übergehen soll. In diesem Punkt stimme ich mit Goltz überein. Im zweiten Fall nimmt Goltz vollgültige Eigentumsübertragung an. Dem dürfte jedoch nicht beizustimmen sein. Wenn sich nämlich „die Parteien nur einig sind, daß ein Scheingeschäft geschlossen werden soll", so bedeutet dies doch nichts anderes als: die Parteien wollen die Tradition nur als Schein vornehmen; sie sind also auch darüber einig, daß kein Eigentum übergehen soll. Es fehlt folglich die Einigung, das ernstliche, positive Einverständnis über den Eigentumsübergang . Eigentum geht mithin auch in diesem Fall nicht über. Es ist nicht ersichtlich, was für eine „Aussprache" noch stattfinden soll. Die Annahme einer zweiseitigen Mentalreservation läßt sich nicht vereinigen mit der Einigung über den Abschluß eines Scheingeschäfts. Beides ist entgegengesetzt: das Wesen der Mentalreservation liegt eben darin, daß die eine Partei über die Negierung der Rechtsfolgen durch die andere Partei in Unkenntnis gelassen ist. Beide Parteien sind aber nach Goltz's Auffassung gerade im Einverständnis über den Nichteintritt der Rechtsfolgen. Und wollte man selbst mit Goltz einen Eigentumsübergang auf Grund ernstlicher Einigung annehmen, so müßte man, um zu einem leeren Ergebnis zu kommen, wieder eine ernstliche Einigung über den Rückübergang des Eigentums annehmen. Was läge aber dann vor? Nicht ein ernstliches und ein aufhebendes Geschäft im Sinn von Goltz, sondern zwei ernstliche Rechtsgeschäfte, und worin läge dann die Simulation? Es lassen sich also in Wahrheit nicht zwei Fälle von Simulationen konstruieren, sondern nur ein Fall: die Parteien sind von vornherein im Einverständnis darüber, daß sie keine Rechtswirkungen wollen, und daß das vorgenommene Rechtsgeschäft nur zur Täuschung Dritter dienen soll. Im Wesen der Simulation liegt also stets der Mangel des Geschäftswillens. Liegt der Geschäftswille vor, wie im zweiten Fall von Goltz, so kann man eben nicht mehr von Simulation reden.

Auch Kohler (Iher. I. 28 S. 169) scheint mir ähnlich wie Goltz zu irren. Er wendet sich hauptsächlich gegen die Annahme des Vorliegens von zwei Geschäften bei der Simulation und sagt, das simulierte Geschäft sei nur ein Geschäft, aber ein Geschäft mit zwei neutralisierenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Die Erklärung werde sofort durch die Gegenerklärung neutralisiert. Es scheint mir darin die Annahme zu liegen, als enthalte die erste Erklärung den Geschäftswillen, welcher durch die zweite Erklärung wieder ausgeschlossen werden soll, also eine ernstliche Willenserklärung, die den ernsthaften Charakter der ersten nehmen soll. In Wahrheit liegt jedoch von Anfang an keine Ernsthaftigkeit vor; es besteht eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die nur den Schein der Ernsthaftigkeit erwecken soll, mithin eine Erklärung, die keinen Geschäftswillen, sondern nur einen Handlungs- und Erklärungs-

willen enthält, und die zweite Erklärung, welche Kohler noch annimmt, ist nur eine Vereinbarung der Parteien, die den Mangel der Ernsthaftigkeit, also des Geschäftswillens, bestätigt. Eine Neutralisierung ist nicht anzunehmen.

Wie schon gesagt, muß eine Trennung zwischen dem äußeren rechtsgeschäftlichen Gerieren der Parteien und ihrem inneren wahren Willen vorgenommen werden, um zu sehen, was für den Gesetzgeber von ausschlaggebender Bedeutung hinsichtlich der Gültigkeit und der Nichtigkeit der äußeren Abmachung der Parteien gewesen ist. Denn darauf kommt es ja gerade an, ob man von demselben Prinzip des Gesetzgebers aus auch gegen die Sicherungsübereignung losgehen kann. Wir wollen darum jetzt näher auf das Wesen der Simulation eingehen, welches aber am besten klar erkannt werden kann innerhalb der „Willensmängelgeschäfte" selbst. Haben wir so das Eigenartige der Simulation erfaßt, so können wir sie mit der Sicherungsübereignung vergleichen und ihren Unterschied erkennen. Es sei mir darum erlaubt, der Uebersichtlichkeit wegen eine Tabelle zu bringen, die das Erfassen der Unterschiedsmerkmale klar und schnell ermöglichen soll.

Bezeichnung	Äußeres Bild	Inneres Bild	
		Die eine Partei	Die andere Partei
I. Mentalreservation § 116 S. 1.	Es wird eine Erklärung abgegeben, durch die eine Rechtswirkung als gewollt bezeichnet wird.	Die eine Partei will in Wahrheit nicht, was sie als gewollt bezeichnet hat. Sie will in Wahrheit garnichts rechtlich Wirksames, da sie keinen inneren positiven Willen hat. (bewußt)	Die andere Partei hält sich an die Erklärung und will sie, weil sie die wahre Absicht der andern Partei nicht kennt, da dieselbe nicht erklärt ist.
II. Simulation § 117, I.	(wie oben)	(wie oben)	Die andere Partei hält sich nicht an die Erklärung und will sie auch nicht in Wahrheit, da sie die wahre Absicht der anderen Partei kennt, weil sie ihr erklärt ist. Sie will ebenfalls in Wahrheit kein Rechtsresultat.
III. Dissimulation § 117, II.	(wie oben)	Die eine Partei will in Wahrheit nicht, was sie als gewollt bezeichnet hat. Sie will in Wahrheit ein anderes Rechtsresultat. (bewußt)	Die andere Partei hält sich nicht an die Erklärung und will sie auch in Wahrheit nicht, weil sie die wahre Absicht der andern Partei kennt, da diese ihr erklärt ist. Sie will in Wahrheit auch das andere Rechtsresultat.
IV. Irrtum § 119.	(wie oben)	Die eine Partei will in Wahrheit nicht, was sie als gewollt bezeichnet hat. Sie will in Wahrheit ein anderes Rechtsresultat. (unbewußt)	Die andere Partei hält sich an die Erklärung und will sie, weil sie das ungewollt vom wahren Willen Abweichende der Erklärung der Gegenpartei nicht kennt, da dies den Umständen nach nicht möglich war.

Auf den ersten Blick fällt, wenn wir zunächst einmal die Simulation mit den Rechtsgeschäften 1, 3 und 4 vergleichen, die Aehnlichkeit mit der Dissimulation auf: beide Parteien erklären äußerlich und bestätigen den Mangel der Ernstlichkeit im beiderseitigen Einverständnis. Beide Fälle werden auch hinsichtlich der äußeren Abmachung vom Gesetzgeber gleich behandelt. In beiden Fällen ist die äußere Vereinbarung nichtig. Rechtsgeschäft 1 ist dem Rechtsgeschäft 4 zwar nicht gleich, aber ähnlich. Der Unterschied liegt in der inneren Verneinung der Rechtsfolgen der einen Partei, die im Fall 1 diese Verneinung mit Bewußtsein vornimmt, im Fall 4 sich dessen nicht bewußt ist, daß sie ja eigentlich die Folgen der äußeren Abmachung gar nicht will. In dieser Unkenntnis hat auch der Gesetzgeber die Verzeihlichkeit gesehen, und die, wie im Falle 1, eingetretene Gültigkeit der Vereinbarung durch Anfechtung zu beseitigen gestattet. Auch hier liegt eine Aehnlichkeit der vom Gesetzgeber bestimmten Rechtsfolgen vor: in beiden Fällen Gültigkeit, welche, wie sich durch einen vergleichenden Blick ergibt, mit Vorhandensein der inneren Bejahung der Rechtsfolgen durch die andere Partei eintritt. Nur die verzeihliche Unkenntnis der einen Partei vermag die Gültigkeit zu beseitigen.

Die Simulation hat mit der Mentalreservation (vgl. auch Kohler Iher. I. 16. Bd. S. 98) und dem Irrtum (vgl. Skonietzki, Gruch. Beitr. 29, S. 260) nichts zu tun und ist von diesen sehr verschieden. Abgesehen von der äußeren Erklärung, die auch alle anderen Willensmängelgeschäfte haben und für eine Vergleichung nicht in Frage kommen, hat sie mit der Mentalreservation den Mangel der Ernstlichkeit, d. h. des Geschäftswillens, bei der einen Partei gemeinsam. Aus dieser Gemeinsamkeit kann, wie schon oben dargelegt, keine Verwandtschaft gefolgert werden. Ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal bei der Mentalreservation liegt in der Täuschung der Gegenpartei, während bei der Simulation eine Täuschung dritter Personen und nicht der Gegenpartei vorliegt; beide Parteien wollen keine Rechtswirkung, auch von Anfang an nicht. Niemals ist bei der Simulation eine Rechtswirkung entstanden, auch nicht für den Bruchteil einer Sekunde! Bei der Mentalreservation will eine Partei alle Rechtsfolgen, sie kennt nicht den Mangel des Willens bei der Gegenpartei. Jene wird geschützt: ihr Wille vermag die Rechtswirkung herbeizuführen, die zur Strafe der Gegenpartei eintritt. Beinahe derselbe Unterschied liegt zwischen der Simulation und dem Irrtum vor. Auch bei diesem hat eine Partei den Willen, alle Rechtsfolgen eintreten zu lassen, also den Geschäftswillen. Auch hier befindet sich diese Partei in Unkenntnis über den Mangel des Willens bei der Gegenpartei: die Gültigkeit tritt damit ein, nur nicht voll, sondern anfechtbar; denn eine Strafe für die andere Partei ist nicht angebracht, weil sie keine Täuschungsabsicht der einen Partei gegenüber hat. Irrtum und Mental-

reservation führen also kraft des Geschäftswillens und des guten Glaubens nur einer Partei Gültigkeit der äußeren Vereinbarung herbei. Bei der Simulation liegt Geschäftswille und guter Glaube auf keiner Seite vor. Beide Parteien wollen keine Rechtswirkung. Im Vergleich mit der Mentalreservation müßte man eigentlich zu dem Ergebnis kommen, daß zur Strafe für die bewußte Täuschung beider Parteien Dritten gegenüber volle Gültigkeit der äußeren Vereinbarung eintreten müßte. Da dies nicht der Fall ist, muß man folgern, daß für den Gesetzgeber nicht das äußere Verhältnis der Parteien zu Dritten, sondern der Parteien untereinander maßgebend gewesen ist. Liegt der Geschäftswille vor, und ist er, wenn er nicht auf beiden Seiten vorhanden ist, evtl. schutzbedürftig oder liegt überhaupt kein Geschäftswille vor? Das war für den Gesetzgeber die entscheidende Frage. Mit ihrer Beantwortung trat entweder Gültigkeit oder Nichtigkeit der äußeren Vereinbarung ein.

Zusammenfassend läßt sich also das Wesen der Simulation in dem Mangel des Geschäftswillens auf beiden Seiten bestimmen, und darum tritt Nichtigkeit ein.

Ist dies bei der Sicherungsübereignung auch der Fall?

Ausgehend vom Prinzip des Gesetzgebers müßte man, um im Vergleich mit der Simulation zur Nichtigkeit zu kommen, den Geschäftswillen bei beiden Parteien negieren. Schon der Umstand, daß der Gläubiger, der sein Geld hingibt — man beachte die heutige Geldknappheit! —, das denkbar größte Interesse an vollkommener Sicherstellung hat, sodaß fast jeder Geldgeber, bevor er ein Darlehen gibt, sich juristisch beraten läßt, falls er nicht schon aus den vielen Fällen der Sicherungsübereignungsabschlüsse, wie sie seit Jahrzehnten vorkommen, seine Erfahrungen gesammelt hat, sollte für die Ernstlichkeit des Eigentumsübertragungswillens, wie er eingangs dieses Abschnittes gefordert ist, zum mindesten auf Seiten des Gläubigers sprechen. Man spricht sogar schon von Gewohnheitsrecht. (Vgl. Bonnet, Die Sicherungsübereignung, insbes. von Warenlagern, 1912, S. 30, 49; dageg. v. Tuhr, Allgem. Teil des Bürg. Rechts II, 2, S. 189 ff.) Bei Kenntnis eines entgegengesetzten Vorbehalts auf Seiten des Schuldners wird ein Gläubiger heute niemals Geld geben. Und wollte der Schuldner den Vorbehalt verschweigen, so würde es ihm doch nichts nützen, da das Eigentum trotzdem übergeht (§§ 116, S. 1; 929).

Abgesehen von dem Fall, wo der Gläubiger kein Interesse an eigener Sicherung des Schuldners hat, nämlich wenn er mit dem Schuldner gemeinsame Sache macht, um dritten Gläubigern in Betracht kommende Pfandobjekte zu entziehen, sodaß ein solcher Vertrag schon als Verstoß gegen die guten Sitten nichtig ist, dürfte ein Gläubiger regelmäßig den ernstlichen Uebertragungswillen haben. Hinsichtlich der Uebereignungsobjekte hat die herrschende Meinung bei folgenden Gegenständen die Annahme eines Schein-

geschäftes abgelehnt: Uebereignung verbrauchbarer Gegenstände, Gebrauch des Wortes Verpfänden oder Garantievertrag, wenn Sicherungsübereignung gewollt ist, mangelnde Verwendbarkeit der Gegenstände beim Gläubiger (vgl. hierzu Ackermann a. a. O. S. 86 mit Literaturangabe.) Der ernstliche Uebertragungswille ist auch anzunehmen, wenn notwendige Gebrauchsgegenstände hingegeben werden (vgl. Fischbach a. a. O. S. 147; Staub, Komm. z. Hdlsges.-Buch 8. A. II. Bd. 1907, S. 1382, Anm. 94), regelmäßig wird natürlich eine Notlage gegeben sein.

Schon mit Vorhandensein des ernstlichen Uebertragungswillens auf Seiten des Gläubigers, der eine andere Absicht des Schuldners nicht kennt, ist die Sicherungsübereignung nicht mehr mit der Simulation vergleichbar. Es muß damit schon Gültigkeit angenommen werden. Regelmäßig wird jedoch der Fall so liegen, daß auch der Schuldner sein Eigentum übergehen lassen will, wenn auch schweren Herzens oder in der guten Hoffnung, es wieder zu bekommen. Von vornherein sollte man aber nicht den Mangel der Ernstlichkeit annehmen, und in den Parteien nur Simulanten vermuten.

2. Die Stellung der Sicherungsübereignung zum Pfandrecht.

Weit bedeutungsvoller aber ist, wenn man so sagen darf, der große Verteidigungskampf der Sicherungsübereignung mit dem Pfandrecht. Von zwei Hauptfronten sucht man sie zu stürzen: von dem Gesichtspunkt der Analogie mit dem Pfandrecht und dem der Gesetzesumgehung.

Wir wollen zunächst untersuchen, welche Motive zur Schaffung des Faustpfandes maßgebend waren, und ob diese die Sicherungsübereignung ausschließen wollten, und behandeln dann eingehend die beiden Streitfragen der Analogie und der Gesetzesumgehung.

Nachdem die römische Mobiliarhypothek nach der Rezeption in weitem Umfange eingedrungen und gemeines Recht geworden war, kehrte man schon im 18. Jahrhundert zum deutschrechtlichen Gedanken des Faustpfandes zurück und verlangte offenkundigen Besitz. (Preuß. Hyp.-Ordnung v. 1722 A.L.R.) Die Folge war die Entstehung der Sicherungsübereignung in den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts, welche die Strenge des Besitzübertragungsprinzips durch eine Uebereignung ohne Besitzübertragung zu mildern suchte. (Hellwig, a. a. O.; Bonnet, a. a. O. S. 6.) Die Reaktion gegen die Härte des Faustpfandes tritt auch in der Aufhebung eines Gesetzes (Ges. v. 19. 8. 1848 in Bremen) zu Tage, das sich den Vorwurf unerhörter Härte dadurch zugezogen hatte, daß es das Prinzip der Offenkundigkeit streng durchführen wollte.

Schon lange vor dem B.G.B. war der Streit zwischen Sicherungsübereignung und Faustpfand, der Widerspruch zwischen Praxis und Gesetzgebung zu Tage getreten (vgl. Leonhard, „Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhange über die beabsichtigte Beseitigung des const. poss. in Gruch. Beitr. 25, S. 181 ff.; Bonnet a. a. O. S. 26.), und die Vorbereitung des B.G.B. fiel in eine Zeit, wo den Mitgliedern der Kommissionen diese Streitfrage eine bekannte war. Entschieden ist diese jedoch nicht durch das B.G.B., welches das Faustpfand in aller Strenge durchgeführt hat. In keinem Paragraphen ist zu der Sicherungsübereignung Stellung genommen, abgesehen von dem § 223 II B.G.B., der ganz allgemein von Forderungssicherung spricht und zu dem noch weiter unten ein Wort gesagt werden soll, aber lesen wir in den Motiven, so erfahren wir, wie die Gesetzgebungsorgane sich zur Sicherungsübereignung stellen.

So führen die Motive im III. Bd. S. 801 zu § 1205 B.G.B. als Gründe für die Normierung des Faustpfandprinzips an: 1., daß im Falle des Verbleibens des Pfandes beim Verpfänder die äußerliche Kenntlichmachung des Rechtsverhältnisses weniger deutlich sei, als im gleichen Falle des Nießbrauches, und ferner 2., daß „die mit der Zulassung des const. poss. verknüpfte Unersichtlichkeit des Rechtsverhältnisses gerade beim Pfandrecht mit besonderen Gefahren verbunden“ sei, „indem das const. poss. vielfach benutzt werden würde, um geheime, die Sicherheit des Verkehrs, namentlich auf den Fall des Konkurses hin, beeinträchtigende Pfandrechte zu schaffen und schließlich 3., daß im Falle der Uebereignung durch const. poss. ein Strafrechtsschutz vorhanden ist, der aber „bei der Innehabungsübergabe durch const. poss. fehlt“.

Hieraus also geht hervor, daß die Motive gerade nur das Pfandrecht im Auge haben und bewußt in Gegensatz dazu das Eigentum stellen. Nur beim Pfandrecht allein soll das const. poss. nicht vorgenommen werden; denn gerade bei ihm fehlt ein Strafrechtsschutz und ist die Schaffung geheimer Pfandrechte möglich. Letzteren Grund sieht Katzenstein (Gruch. Beitr. 49, S. 323 ff. „Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien“) als nicht stichhaltig an. Er bemerkt zu der Ansicht der Protokolle (III. S. 201), welche die Begründung konkurrierender Rechte für mehrere Gläubiger bei Uebereignung von Sachen durch const. poss. für unmöglich halten, daß eine Konkurrenz von mehreren Eigentumsrechten ebenfalls möglich sei. Dem ist jedoch nicht beizustimmen.. Es gibt so etwas nicht, daß z. B. A das Eigentum ersten Ranges, B das Eigentum zweiten Ranges u. s. f. haben. Entweder hat A das Eigentum, dann hat es B nicht oder umgekehrt. Nathan (Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels const. poss. zum Zwecke der Sicherung von Forderungen 09, S. 37) nimmt be-

dingte Eigentumsübertragung verbunden mit nochmaliger Uebereignung an einen andern, der im guten Glauben ist und dem der Besitz übertragen wird, an. Dies ist jedoch keine Konkurrenz! Die untreue Handlung des Schuldners bewirkt nur einen Verlust des Eigentums auf Seiten des ersten Gläubigers, indem dasselbe auf den zweiten Gläubiger überspringt. Das Eigentum besteht immer nur einmal, es wechselt nur seinen Träger. Bei einer Konkurrenz aber bestehen mindestens zwei Rechte nebeneinander, gleichzeitig, in verschiedenen Rangstufen. Das aber ist beim Eigentum eben unmöglich.

Das const. poss. soll aber beim Eigentum stets vollgültig vorgenommen werden können, selbst wenn das Eigentum zu Sicherungszwecken übertragen wird. (Mot. III, S. 337.) Es war nämlich ein Antrag in der 2. Kommission eingebracht, die Eigentumsübertragung mittels const.. poss. für unwirksam zu erklären, „wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden solle". Aber dieser Antrag wurde abgelehnt. (Prot. 3, S. 197.) Caspari (Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und B.G.B. 1914, S. 56 ff.) erblickt zwischen den Motiven III, S. 801 und Mot. III. S. 337 einen Widerspruch, indem er meint, daß letztere zwar für die Sicherungsübereignung sprechen, aber erstere den Ausschlußcharakter des § 1205 dartun. Einen solchen Widerspruch vermag ich jedoch nicht festzustellen. Im Gegenteil sehe ich in den Ausführungen Mot. III, S. 801 lediglich den Ausschluß des const. poss. für das Pfandrecht, dagegen nicht für das Eigentum. Der Ausschluß ist nicht absolut, sondern relativ, eben nur für das Pfandrecht.

Die rechtliche Gültigkeit des Sicherungseigentums wird noch in Mot. I, S. 345 (zu § 183 III, der fast wörtlich dem § 223 II B.G.B. entspricht) festgestellt: „Es kann keinen Unterschied machen, ob die Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts oder durch Uebertragung eines Rechts (Eigentum, Grundschuld usw.) sichergestellt worden ist".

Ausdrücklich wird festgestellt, daß die Sicherungsübereignung keine Gesetzesumgehung sei. (Prot. 3, S. 445.) Die Unkenntlichkeit soll eben nur beim Pfandrecht verhütet werden. Bei der Sicherungsübereignung sollen sich die Gläubiger nicht darauf verlassen dürfen, daß alle im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen diesen auch gehören. (Prot. 3, S. 201.)

Schließlich ist zu erwähnen, daß der Entwurf 1. Lesung § 1147 III S. 2 und 2. Lesung § 1115 S. 2, jede Pfandbestellung ohne Besitzübertragung ausschließen wollten, dies aber wieder gestrichen ist.

Aus alledem läßt sich also nur der Schluß ziehen, daß jene Kommissionsmitglieder, welche mit der Vorbereitung des B.G.B. beschäftigt waren, sehr wohl das Institut der Sicherungsübereig-

nung kannten, aber einen scharfen Strich machten zwischen Sicherungseigentum und Pfandrecht, der zwar nicht in dem Gesetz unmittelbar zu Tage trat, sondern nur in den Motiven und Protokollaufzeichnungen klar und unzweideutig zu erkennen ist.

Betrachten wir aber unmittelbar das Gesetz, ob aus ihm hervorgeht, daß das Pfandrecht die Sicherungsübereignung mit const. poss. verdrängen kann. Zunächst zur Frage der Verdrängung vom Standpunkt der Analogie. Leist (Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, 1889, S. 62) erblickt in der Sicherungsübereignung „ein dem Pfandrecht ähnliches Verhältnis". Die Aehnlichkeit liegt nach seiner Ansicht in der Möglichkeit — wenn nämlich der Schuldner nicht zahlt —, Eigentum übergehen zu lassen. Dies sei das Wesen des Pfandrechts und sei ebenfalls bei der Sicherungsübereignung vorhanden. Da nun die das Pfandrecht als Ganzes beherrschenden Verbote diesen wesentlichsten Bestandteil des Pfandrechts träfen, so würde auch die Sicherungsübereignung von denselben getroffen. Das Pfandrecht ist juristisch jedoch ganz etwas anderes als die Sicherungsübereignung. Die Sicherungsübereignung mit obligatorischer Nebenberedung als Hauptfall läßt sofort voll und ganz Eigentum übergehen, und zahlt der Schuldner nicht, dann bekommt er sein Eigentum nicht wieder. Auch das Pfandrecht läßt Eigentum übergehen, aber erst im Nichtzahlungsfall des Schuldners und, ohne daß der Gläubiger es je gehabt hat, sofort auf einen Dritten. Das Pfandrechtsverbot der lex commissaria will aber gerade verhüten, daß das Eigentum auf den Gläubiger selbst übergeht. Höchstens ließe sich die suspensiv bedingte Sicherungsübereignung vergleichsweise heranziehen, aber erstens ist diese in der Praxis wirklich selten und zweitens hat vor dem Eigentumsübergang auf den Gläubiger im Nichtzahlungsfall des Schuldners gar kein Pfandrecht bestanden, sodaß mangels Identität des Tatbestandes ein Verstoß gegen § 1229 B.G.B. nicht angenommen werden kann.

Aus der Annahme, daß das Pfandrecht das ausschließliche Fahrnissicherungsrecht sei, gelangt Nathan (a. a. O. S. 35) zur analogen Anwendung der Pfandrechtsgrundsätze auf die Sicherungsübereignung mit const. poss. und somit zu ihrer Nichtigkeit: das Gesetz habe mit der Normierung des Besitzerfordernisses ein öffentliches Interesse geschützt, und dieser Schutz klammere sich nicht an dem Namen des Pfandrechts fest, sondern müsse bei ähnlicher Interessenlage wie beim Pfandrecht entsprechend eintreten. Aehnlich kommt Gerbert (Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht 1905, S. 51 ff.) zur Nichtigkeit der Sicherungsübereignung, indem er in dem Sicherungszweck „einen unbeweglichen Rechtszweck" sieht. Die Rechtsordnung habe ihn zu einem feststehenden Rechtszweck geprägt und damit die Art seiner Verfolgung dem freien Belieben entzogen. In § 1204 käme dies klar zum Ausdruck.

Was Nathan und Gerbert behaupten, ist jedoch nicht bewiesen. In den Motiven und Protokollen findet sich kein Anhalt für diese Meinung. Im Gegenteil ist dort, wie wir gesehen haben, eine Trennung gemacht zwischen Pfandrecht und Sicherungseigentum. Im Gesetz selbst ist mit Deutlichkeit die abstrakte Natur der Eigentumsübertragung zu erkennen (§ 929 B.G.B.) — dies ist auch herrschende Meinung —, losgelöst von jedem Uebertragungszweck. Positiv anerkannt ist das Sicherungseigentum in § 455 B.G.B., was auch Nathan (S. 28) selbst zugibt. Der § 223 II B.G.B. enthält ebenfalls die Anerkennung des Sicherungseigentums, was, wie wir oben schon gesehen haben, aus den Motiven zweifelsfrei hervorgeht. Zwar wollen Hoeniger (Sicherungsübereignung von Warenlagern 1912, S. 32) und Staudinger (Komm. z. B.G.B., 7/8 A. § 223, Note 3) in § 223 II nur eine Sicherungszession erblicken. Hoeniger meint, wo das Gesetz nur von der Uebertragung eines Rechts spricht, könnte darunter niemals die Uebertragung des Eigentums verstanden werden. Allein in § 823 I B.G.B. ist vom Gesetz das Eigentum unzweideutig als ein Recht gekennzeichnet. Es wäre auch nicht zu verstehen, wollte das Gesetz das Eigentum nicht auch als ein Recht ansprechen, zumal dieses das umfassendste Sachenrecht ist. Die herrschende Meinung sieht auch in § 223 II das Eigentum mitenthalten (vgl. Dernburg, das bürg. Recht Bd. I, 1902, S. 502, § 172 III; Fr. Leonhard, Bürg. Recht 1923, S. 38; Düringer-Hachenburg, Komm. z. H.G.B. 2. A., II. Bd. 1910, S. 708; Staub, Komm. z. H.G.B., 8. A. 1907, Bd. II, S. 1382, Anm. 94; Hallbauer, „Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicher zu stellen, insbes. von der Sicherungsübereignung', Recht 1905, S. 632; Hoffmann, Der Begriff der Gesetzesumgehung, 1905, S. 25; Herz, Die Sicherungsübereignungen, 1906, S. 31 ff.; Salinger, „Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung"? 31. Dt. Jur. Tag, I. Bd., S. 422; Marck, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, Rhein. Zeitschrift, 9. Bd., S. 101; v. Tuhr, Allg. Teil des Bürg. Rechts II, 2, S. 189, Anm. 22; R. G. 57. Bd., S. 157 ff.)

Caspari (a. a. O. S. 56) und Bonnet (a. a. O. S. 27) geben zwar die allgemeine Anerkennung der Sicherungsübereignung in § 223 II zu, behaupten aber, daß nur eine besondere Uebertragungsart, nämlich Eigentumsübertragung unter gleichzeitiger Besitzübertragung, dort gemeint sei, und daß Sicherungsübereignung mit const. poss. ausgeschlossen sei. Allerdings soll mit Ackermann (a. a. O. S. 77) zugegeben werden, daß § 223 II nur zur Begründung der Zulässigkeit der Sicherungsübereignung im allgemeinen herangezogen werden kann, es könnte aber doch auch umgekehrt behauptet werden, in § 223 II ist die Uebertragungsart des § 930 B.G.B. sehr wohl mitgemeint und den Gegnern die Beweislast darüber zugeschoben werden, diese Ansicht zu widerlegen; denn es ist eigenartig, daß der

allgemein gehaltene § 223 II nur die Uebertragungsart des § 929 S. 1 betreffen soll. (Vgl. auch Fischbach a. a. O. S. 158.) Jedenfalls soll festgestellt sein, daß § 223 II die Sicherungsübereignung sanktioniert; die Behauptung, nur die Sicherungsübereignung unter gleichzeitiger Besitzübertragung sei in § 223 II gemeint, läßt sich nicht begründen. Zur Beantwortung, ob die Sicherungsübereignung mit const. poss. gültig ist, muß zunächst die Frage beantwortet werden, ob sie gegen die §§ 1205, 1229 B.G.B. verstößt.

Namentlich Hellwig und Bähr sind es gewesen, die von diesem Gesichtspunkt aus die Sicherungsübereignung für nichtig erklärten, indem sie auf den Zweck des § 1205 hinwiesen, in welchem sie ein Verbot erblickten. Die Sicherungsübereignung mit const. poss. verstoße in fraudem legis gegen §§ 1205/135 und sei darum nichtig.

Es ist zuzugeben, daß § 134 B.G.B. nicht allein die Rechtsgeschäfte treffen will, die gegen den Wortlaut eines Verbotsgesetzes, sondern auch die, welche gegen den Sinn desselben verstoßen. (Vgl. Linckelmann, Die Sicherungsübereignungen, Arch. für bürg. Recht, Bd. 7, S. 219; Enneccerus I, 1, S. 82; Salinger a. a. O. S. 427.) Es muß jedoch zunächst festgestellt werden, welche Voraussetzungen bei einem Gesetz vorliegen müssen, um dasselbe umgehen zu können, und ob der § 1205 dieselben Bedingungen erfüllt, damit die Sicherungsübereignung von seinem Verbot betroffen werden kann.

Hellwig (Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, Arch. f. civ. Pr., 64. Bd., S. 369 ff.) und Bähr (a. a. O. S. 57 ff.) sind der Ansicht, daß Verbote in der Regel einen wirtschaftlichen und nicht juristischen Zweck verfolgen. Das Gesetz wolle gewisse wirtschaftliche Resultate ausgeschlossen sehen, und die Verbote richteten sich „gegen diejenige Rechtsform, mittels welcher diese wirtschaftlichen Resultate regelmäßig erzielt" würden; denn der Gesetzgeber könne nicht an alle möglichen Formen denken, unter welchen ein von ihm mißbilligtes Verhältnis erzielt werden könne. Diese Voraussetzungen sind anzuerkennen, jedoch nicht vollständig. Es ist unbedingt nötig, daß der Gesetzgeber, der ein Verbotsgesetz aufstellen will, das Gesetz auch in die Form eines Verbotsgesetzes kleidet. Mit der Aufstellung von Erfordernissen zur Gewinnung eines Rechtsresultates ist zwar ein Weg zu diesem vorgezeichnet, der erreicht wird oder nicht, je nachdem, ob man die Voraussetzungen erfüllt oder nicht. Es ist aber damit noch nicht der Weg zu anderen Rechtsresultaten versperrt, die zu demselben wirtschaftlichen Ergebnis kommen. Es muß im Gesetz klar und unzweideutig zum Ausdruck kommen, daß es dem Gesetzgeber gerade darauf ankomme, dieses wirtschaftliche Ergebnis auf keinem anderen als dem vorgeschriebenen Rechtsweg gewinnen zu lassen.

Den Gegnern der Sicherungsübereignung (vgl. z. B. Hellwig a. a. O.; Katzenstein a. a. O.; Caspari a. a. O. S. 68; Nathan a. a. O.

S. 35) sei ferner zugegeben, daß § 1205 den Schutz des öffentlichen Interesses bezweckt, die Verkehrssicherheit zu fördern, daß er den Schein der Kreditwürdigkeit verhindern will, indem er dem Schuldner den Alleinbesitz (vgl. auch § 1206) entzieht. Es sei ebenfalls zugegeben, daß die Sicherungsübereignung mit const. poss. den Schein der Kreditwürdigkeit hervorruft, was auch gar nicht bestritten werden kann, indem sie auf das wirtschaftliche Resultat der Mobiliarhypothek hinauskommt, welche durch die gesetzliche, strenge Regelung des Faustpfandes unmöglich gemacht worden ist. (Vgl. hierzu Bähr, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. *32*, S. 367 ff.; Ackermann a. a. O. S. 74.) Aber, und das ist das Entscheidende bei dieser Frage, ist denn § 1205 überhaupt ein Verbotsgesetz, das sich zur Aufgabe gemacht hat, a l l e n Schein der Kreditwürdigkeit zu verhindern, das nicht nur auf das Gebiet des Pfandrechts allein beschränkt ist, sondern auf das ganze bürgerliche Gesetzbuch?

Eine äußerliche Verbotsform hat § 1205 nicht. Er stellt lediglich die Voraussetzungen auf, die zur Verwirklichung des Pfandrechts erfüllt werden müssen; werden sie nicht erfüllt, dann entsteht kein Pfandrecht. Damit hat der Gesetzgeber bewirkt, daß ein äußerlich nicht erkennbares Pfandrecht nicht entstehen kann. Die Erkennbarkeit war also für ihn maßgebend. Dieses Prinzip, zu Gunsten der Verkehrssicherheit die Rechtsverhältnisse äußerlich erkennbar zu gestalten, ist jedoch nicht stets für den Gesetzgeber maßgebend gewesen: der § 930 B.G.B. schafft in allen Fällen Unersichtlichkeit der Rechtslage; der im praktischen Leben oft angewandte § 455 B.G.B., die Rechtsverhältnisse des ehelichen Güterrechts, das Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte bewirken dasselbe. Die Prot. 3. S. 201 warnen, wie schon gesagt, davor, sich auf den Schein zu verlassen. Das Prinzip der Erkennbarkeit ist also nur auf das Gebiet des Pfandrechts beschränkt.

Somit ist klar, daß § 1205 gerade den Schein der Kreditwürdigkeit verhindern will, welcher durch eine Pfandrechtsform hervorgerufen wird. Also nur ein unerkennbares P f a n d recht will er verhüten.

Liegt denn darin nun ein Widerspruch oder eine „Sinnlosigkeit" (vgl. Bähr, Urt. S. 61) des Gesetzgebers, daß er die Unerkennbarkeit des Pfandrechts verhindert, aber die der Sicherungsübereignung, die im praktischen Ziel dasselbe ist, zuläßt? Bähr (Krit. Viertelj. S. 370) hat hierzu folgendes Beispiel gegeben: „Gesetzt, jemand, der einen Garten sich anlegen will, errichtet an dem Grundstück eine wohl verschlossene Türe, läßt aber daneben den Zaun sperrweit offen, so daß jeder neben der Türe weg in das Grundstück eindringen kann: was würde man wohl von einem solchen Manne sagen? Der Weisheit dieses Mannes gleicht aber ganz die des Gesetzgebers, welcher zwar die Verpfändung ohne Besitzüber-

tragung verbietet, daneben aber die Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung auch mit Belassung des Besitzes beim Schuldner für zulässig erklärt." Wir wollen das Beispiel auf seine Richtigkeit hin prüfen. Die „wohl verschlossene Türe" soll — so ist anzunehmen — der § 1205 sein, welcher vom Gesetzgeber errichtet worden ist, um zu verhüten, daß eine Verpfändung ohne Besitzübergabe abgeschlossen wird. Eine solche Verhinderung kann nun in der Form eines Verbotgesetzes — das ist, wie wir gesehen haben, § 1205 nicht — und in der Form eines Gebotsgesetzes geschehen. Zweifellos dürfte § 1205 nun ein Gebotsgesetz sein, das aber eben durch seine strenge Form die Mobiliarhypothek als solche ausschließen will. Bähr vergleicht nun wohl „die Verpfändung ohne Besitzübertragung", welche man nicht vornehmen soll, mit einem „Garten", in den man nicht eindringen soll, in den man aber gelangt durch den Abschluß der Sicherungsübereignung. Damit ist klar, daß Bähr nicht die rechtliche Verpfändung ohne Besitzübertragung, sondern das praktisch-wirtschaftliche Resultat derselben mit einem „Garten" vergleicht. Es ist nun ohne weiteres klar, daß die Sicherungsübereignung in ihrem praktischen Resultat dem gleich kommt, was auch durch eine Verpfändung ohne Besitzübergabe erreicht werden würde. Man gelangt also mit Hilfe der Sicherungsübereignung in das von Bähr als verboten angenommene Gebiet. Aber bedeutet denn nun § 1205 seinem Sinne nach das Gegenteil von dem, was die Sicherungsübereignung bedeutet, so daß man von „wohl verschlossener Türe" und „Zaunlücke" reden kann?

Die Gründe für die Entstehung des § 1205 finden wir, wie schon oben angeführt, in den Motiven III, S. 801. Sie sind rechtlicher Natur. Gerade, weil das Pfandrecht mit Besitzbelassung beim Schuldner besondere Gefahren für die Verkehrssicherheit mit sich bringt (welche bei Uebereignung mittels const. poss. nicht eintreten), hat man das Faustpfand gewählt, und ein Verbot der Sicherungsübereignung mit const. poss. hat man abgelehnt (Prot. 3, 197). Hieraus geht hervor, daß man die Gefahren für die Verkehrssicherheit nicht vom Standpunkt der Unersichtlichkeit der Rechtsverhältnisse — dieses würde sich ja, wie oben schon gezeigt, auch gar nicht mit sonstigen die Unersichtlichkeit der rechtlichen Verhältnisse begünstigenden Paragraphen im Gesetz vereinigen — aus sah, sondern vielmehr von der ungenügenden Sicherheit, die dem Verkehr von dem mangelhaften Rechtsinstitut der Mobiliarhypothek gewährt war. Diese mangelhafte rechtliche Sicherheit in eine größere rechtliche Sicherheit umzuwandeln, war die Aufgabe, und diese zu erfüllen, war das Faustpfand bestimmt. Zu welchem wirtschaftlichen Ergebnis man dabei kam, war nicht so sehr ausschlaggebend, wie die rechtliche Sicherheit, welche man dem öffentlichen Verkehr und dem Gläubiger damit gab. Der Schuldner konnte nunmehr keinen Unfug mit der Pfandsache treiben, insbesondere nicht noch mehr Pfand-

rechte begründen, und der Gläubiger war vollkommen gesichert. In dieser Beziehung aber bedeutet die Sicherungsübereignung keinen Gegensatz; denn der Verlust des Eigentums zwingt den Schuldner, untreue Handlungen zu vermeiden, indem er sonst mit dem Strafgesetz in Konflikt kommt, und der in den Mot. III, S. 801 genannte Grund der Begründung konkurrierender Rechte ist bei der Sicherungsübereignung nicht möglich. Wohl kann der Schuldner als Nichtberechtigter das Eigentum übertragen (§ 932), aber dies kann beim Faustpfand der Pfandgläubiger ebenso gut. Ein vollkommener Schutz ist nicht gegeben und auch gar nicht beabsichtigt, soll nicht der Verkehr durch ein allzuweit gehendes Mißtrauen lahm gelegt werden. Die Aufgabe des Faustpfandes erfüllt auch die Sicherungsübereignung, da die ausschlaggebenden Gründe für die Entstehung des Faustpfandes auch für die Sicherungsübereignung sprechen. Was man aber als ausschlaggebend für ein Rechtsinstitut anerkennt, sollte man auch für das Rechtsinstitut anerkennen, welches denselben Zwecken dient.

Somit ist das Beispiel Bährs wohl nicht richtig gewählt. Der Gesetzgeber gestattet — um im Bilde von Bähr zu sprechen — den Eintritt in das Gebiet der Mobiliarsicherung durch zwei Rechtstüren: durch die Rechtstüre des § 1205 unter Verlust des Besitzes und durch die der Sicherungsübereignung unter Verlust des Eigentums, welcher ein ausschlaggebendes Gegengewicht für die Belassung des Besitzes beim Schuldner bedeutet. Ein Widerspruch zwischen § 1205 und der Sicherungsübereignung kann also nicht festgestellt werden.

Zusammenfassend ist zu sagen: § 1205 hat keine äußere Verbotsform. Seinem Sinne nach richtet er sich nicht „gegen diejenige Rechtsform, mittels welcher das wirtschaftliche Resultat" der Mobiliarhypothek erreicht wird, sondern nur gegen die ungenügende rechtliche Sicherheit der Rechtsform der Mobiliarhypothek, welche den Mißbrauch des Scheins der Kreditwürdigkeit leichter verursacht und damit die Verkehrssicherheit mehr beeinträchtigt als die Sicherungsübereignung, welche vermöge ihrer größeren rechtlichen Sicherheit dies nicht in dem genannten Maße bewirkt. § 1205 hat durch Aufstellung positiver Erfordernisse die Rechtsform der Mobiliarhypothek beseitigt, ein weiterer Ausschlußcharakter ist ihm nicht beizulegen. Die Sicherungsübereignung verstößt also nicht in fraudem legis gegen § 1205.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob die Sicherungsübereignung gegen § 1229 B.G.B. verstößt. § 1229 ist ein Verbotsgesetz, welches nur für das Gebiet des Pfandrechts Geltung hat. Wie schon weiter oben allgemein zu den Pfandrechtsvorschriften Stellung genommen und gesagt wurde, daß ihre Anwendung auf die Sicherungsübereignung grundsätzlich abzulehnen sei, so kann auch speziell die Vorschrift des § 1229 auf die Sicherungsübereignung keine Anwendung

finden. (Vgl. auch O.L.G. 20, S. 169.) Es wäre vielleicht zu fragen, ob bei Parteivereinbarung, daß das Eigentum dem Gläubiger im Nichtzahlungsfalle an Zahlungsstatt weiter bei diesem verbleiben solle, § 1229 anzuwenden sei (so Staubs Komm. z. H.G.B., 10. A. II, 1, Anm. 99 zu § 368.) Aber auch in diesem Falle ist keine Identität des Tatbestandes vorhanden; denn bei der Sicherungsübereignung wird dem Gläubiger sogleich das Eigentum übergeben, während § 1229 verhüten will, daß das Eigentum im Nichtzahlungsfall übergeht. Der Meinung (so Düringer-Hachenburg, 2. A., II, Anm. 122 zu § 368), daß § 1229 dann anwendbar sei, wenn dem Gläubiger bei Fälligkeit seiner Forderung die Wahl gegeben sei, ob er die Sache behalten oder sie verwerten wolle, ist nicht beizutreten; denn es muß betont werden, daß es nicht auf das endgültige Behalten der Sache ankommt, sondern auf den Eigentumsübergang; der aber ist schon von vornherein eingetreten. (Vgl. auch Düringer L.Z. 1908, S. 104.) Somit ist auch § 1229 auf die Sicherungsübereignung unanwendbar und begründet keine Nichtigkeit derselben.

Das Faustpfandrecht steht also in keinem Widerspruch zu der Sicherungsübereignung. Ihre Gefahr verringert der ergänzende Schutz des Strafgesetzes. Dies soll näher behandelt werden.

Oben war allgemein von der größeren rechtlichen Sicherheit die Rede, welche gleich dem Faustpfand die Sicherungsübereignung im Gegensatz zu der früheren Mobiliarhypothek zur Folge hat. Hier soll zunächst die Frage beantwortet werden, von welchem Standpunkt aus der Strafrechtsschutz eine Verstärkung der rechtlichen Sicherheit bedeutet, ob vom Standpunkt des Gläubigers oder vom Standpunkt der Oeffentlichkeit aus gesehen. Denn es will mir scheinen, als walte in der Literatur ein Mißverständnis vor: während die Anhänger der Sicherungsübereignung (vgl. z. B. Leonhard, Bürg. Recht 1923, S. 141) den Strafrechtsschutz als ein bedeutendes Moment zu Gunsten der Sicherungsübereignung erklären, ist man auf der Gegenseite der Ansicht (vgl. z. B. Rehbein, Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung in Jur.W. 1910, S. 605), daß das Strafrecht bei der Sicherungsübereignung keine Hilfe bedeutet. Jene betrachten nämlich den Schutz des Strafrechts vom Standpunkt der Gegenpartei, diese sehen das Strafrecht wirkungslos vom Standpunkt des geschädigten Dritten.

Die Mot. III, S. 801, welche die Gründe des Faustpfandes anführen, erwähnen als bestimmenden Grund gegen die Mobiliarhypothek den Mangel des Strafrechtsschutzes, indem sie anführen: „Endlich ist auch daran zu erinnern, daß bei der Besitzübergabe durch const. poss. das Eigentum des Erwerbers durch die strafrechtlichen Vorschriften über Unterschlagung geschützt und in Folge davon das eintretende Rechtsverhältnis im klaren Bewußtsein der Beteiligten erhalten wird, während bei der Innehabungsübergabe durch const. poss. zu Pfandzwecken ein ähnlicher strafrechtlicher Schutz gegen

eine Unterschlagung des Detentors der eigenen Sache fehlt (vgl. § 289 Str.G.B.)". Hiernach sehen die Motive den Strafrechtsschutz vom Standpunkt der Gegenpartei, während sie von dem der Oeffentlichkeit aus die zivilrechtliche Gefahr der Begründung geheimer Pfandrechte gegen die Mobiliarhypothek erwähnen. Den Motiven nach waren also Gründe für die Abschaffung der Mobiliarhypothek im internen Verhältnis der Mangel des Strafrechtsschutzes, im externen Verhältnis der Mangel des Zivilrechts. Letzterer fällt nun bei der Sicherungsübereignung fort; denn eine Konkurrenz von Eigentumsrechten ist ja nicht möglich. Prüfen wir nun selbst die Strafrechtsverhältnisse, wie sie sich ergeben bei der Sicherungsübereignung, bei der Mobiliarhypothek und dem Faustpfand, und zwar zunächst vom Standpunkt des geschädigten Dritten aus, um die oben aufgeworfene Frage zu beantworten.

Zunächst bei der Sicherungsübereignung: es fragt sich, ob bei nochmaliger Uebereignung mittels const. poss. seitens des Schuldners Betrug anzunehmen ist. Daß der Schuldner den Dritten, von dem er ein Darlehen haben will, über seine Vermögensverhältnisse aufzuklären verpflichtet ist, ist anerkannt (vgl. z. B. Frank, Strafges.-Buch § 263; v. Liszt, Lehrbuch des Dt. Strafrechts 1919, S. 458). Jedoch ist nach § 263 Str.G.B. die Absicht der Vermögensbeschädigung erforderlich, um den Schuldner wegen Betruges zu bestrafen. Diese aber dürfte wohl schwerlich nachgewiesen werden können; denn der Schuldner konnte ja sehr wohl die Hoffnung gehabt haben, das von dem geschädigten Dritten aufgenommene Darlehen wieder zurückzahlen zu können. Eine Betrugsverurteilung wird darum meist an diesem subjektiven Tatbestandserfordernis scheitern. Diese Gefahr droht von Seiten des Gläubigers aus nicht; denn dieser ist nach Abschluß der Sicherungsübereignung rechtmäßiger Eigentümer und darum befugt, das Eigentum auf Dritte zu übertragen, mag er sich auch durch den obligatorischen Treuvertrag der zivilrechtlichen Schadensersatzforderung aussetzen. Durch Uebertragung des Eigentums wird der Dritte Eigentümer.

Bei dem Faustpfand liegen die Strafrechtsverhältnisse zwar nicht genau so, aber ähnlich. Durch die Besitzentziehung wird es dem Schuldner schwer fallen, sein mit dem Pfandrecht belastetes Eigentum auf Dritte übertragen zu können, ohne diese auf die Belastung aufmerksam zu machen. Eine Schädigung Dritter ist darum so leicht nicht möglich. Anders von Seiten des Gläubigers; denn dieser hat durch den Besitz den Schein des Eigentums für sich. Nun spricht hier allerdings mit, daß der Gläubiger nicht so leicht Dritte um Gewährung von Kredit angehen wird, wie der in Not geratene Schuldner bei der Sicherungsübereignung. Allein, damit ist noch nicht die Möglichkeit der Schädigung Dritter ausgeschlossen. Bei der heutigen allgemeinen Geldknappheit kann auch der Gläubiger

leicht in Geldschwierigkeiten und daher in Versuchung kommen, eine Eigentumsübertragung mittels const. poss. vorzunehmen. Die Gefahr der Schädigung, welche Dritten bei der Sicherungsübereignung von Seiten des Schuldners droht, droht bei dem Faustpfand von Seiten des Gläubigers.

Bei der Mobiliarhypothek sind die Strafrechtsverhältnisse folgende: da der Schuldner hier noch das Eigentum und den Besitz hat, so kann er, gleichwie der Gläubiger bei der Sicherungsübereignung, sein Eigentum auf Dritte übertragen, welche damit rechtmäßige Eigentümer werden. Allerdings kann Dritten insofern eine Gefahr drohen, als ihnen die Pfandbelastung verschwiegen wird und sie das Eigentum durch const. poss. erwerben; denn in diesem Falle erlischt die Belastung nicht (§ 936 B.G.B.), und der Pfandgläubiger kann die Sache versteigern lassen, wenn die Schuld nicht getilgt wird. Auch in diesem Fall ist es schwierig, eine Absicht der Vermögensbeschädigung auf Seiten des Schuldners nachzuweisen; denn dieser kann ja die Hoffnung gehabt haben, die Pfandschuld tilgen zu können, sodaß die Belastung erlischt. Eine Betrugsverurteilung ist somit ausgeschlossen. Von Seiten des Gläubigers aus kann eine Schädigung Dritter nicht so leicht erfolgen, da jener nicht im Besitze der Sache ist und den Schein des Eigentums nicht für sich hat.

Sicherungsübereignung, Faustpfand und Mobiliarhypothek ähneln sich also in dieser Beziehung. Eine Gefahr der Schädigung Dritter kann bei jeder dieser Kreditformen erfolgen, hervorgerufen durch den Schein des unbelasteten Eigentums. Aber bei allen drei Schädigungsfällen erfolgt der Schaden dadurch, daß das Eigentum durch const. poss. übertragen wird. Also die Gefahr liegt, streng genommen, in der Zulassung des § 930 B.G.B. und nicht in der Struktur der genannten Institute. Obige Frage ist somit dahin zu beantworten, daß man vom Standpunkt der Schädigung Dritter aus kein ausschlaggebendes Unterscheidungsmerkmal finden kann. Den maßgebenden Strafrechtsgesichtspunkt müssen wir also vom Standpunkt der Gegenpartei aus suchen.

Bei der Sicherungsübereignung begeht der Schuldner, wenn er die übereignete Sache noch einmal veräußert, Unterschlagung (§ 246 Str.G.B.); denn es ist eine fremde, bewegliche Sache, über die er verfügt (so herrschende Meinung, vgl. z. B. Hallbauer, Recht 1905, S. 664, Mot. III, S. 801). Der Gläubiger kann jedoch die Sache übereignen, da sie seine eigene ist, und er macht sich keiner Unterschlagung schuldig (dageg. Dernburg, Pand. I. Bd., 3. A., S. 234, vgl. jedoch auch das bürg. Recht Bd. I, 1902, S. 502, Anm. 12). Auch wegen Untreue kann er nicht belangt werden, da er nicht zu den unter § 266 Str.G.B. aufgeführten Personen gehört. Er ist kein „Bevollmächtigter" in dem in § 266 Ziff. 2 angegebenen Sinne.

Bei der Mobiliarhypothek kann dagegen keine strafrechtliche Verurteilung des Schuldners erfolgen, wenn er untreue Handlungen begeht.. Er kann über die gepfändete Sache verfügen, ohne dadurch Unterschlagung zu begehen; denn es ist seine eigene Sache. Auch wegen Untreue (§ 266 Str.G.B.) kann er nicht bestraft werden; denn er ist kein Bevollmächtigter in dem in § 266 Z. 2 angegebenen Sinne. § 289 Str.G.B. kommt ebenfalls nicht in Frage, da der Schuldner den alleinigen Gewahrsam an der Pfandsache hat und darum diese dem Gläubiger nicht „wegnehmen" kann. Die Sicherheit des Gläubigers wird also von Seiten des Strafgesetzes in keiner Weise erhöht. Gegenüber dem Gläubiger hat der Schuldner keine untreuen Handlungen zu fürchten.

Damit kommen wir zu folgendem Ergebnis: Die Gefahr, welche die Mobilarhypothek infolge des Mangels an strafrechtlichem Schutz mit sich bringt, wird stark vermindert bei der Sicherungsübereignung; denn hier begeht der Schuldner, wie oben ausgeführt, bei einer untreuen Verfügung Unterschlagung. (Vgl. ebenso Leonhard a. a. O. S. 141.)

3. Der Gedanke der gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung.

Man (vgl. z. B. Nathan a. a. O. S. 49; Bonnet, a. a. O. S. 30) hat zu Gunsten der rechtlichen Unbedenklichkeit der Sicherheitsübereignung auch den Gedanken zu Hilfe genommen, daß kraft gewohnheitsrechtlicher Durchsetzung diese zulässig ist. v. Tuhr (II, 2 S. 197) spricht dagegen, „bei der kurzen Geltungsdauer des neuen Rechts" könne man von einem Gewohnheitsrecht nicht sprechen. Zwar ist für eine gewohnheitsrechtliche Durchsetzung keine bestimmte Zeitdauer zu fordern; Rechtsinstitute können zu ihrer gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung sehr verschiedene Zeitspannen in Anspruch nehmen. Der Zeitpunkt der errungenen Geltung ist dann anzunehmen, wenn man erkennen muß, daß der Volkswille unbedingt an dem neuen Rechtsinstitut festhält. Seit ungefähr 50 Jahren ist die Sicherungsübereignung in ständiger Uebung im Volke, dessen Wille in der Rechtsprechung, im besonderen in der des Reichsgerichts, durch eine ebenso ständige und gleichförmige Urteilsprechung geachtet wird. (Vgl. auch Wolff, S. 577, Anm. 15.) Selbst ein so scharfsinniger und bedeutender Gegner der Sicherungsübereignung wie Hoeniger (vgl. Jur.W. 1919, S. 419) gibt dies heute zu. Die gewaltigen Wogen der Wirtschaftskrisen, die in den vergangenen Jahren über unser Volk dahingegangen sind und noch dahingehen, rufen nach einer gesetzlichen Regelung, die dem Streit über die Anerkennung der Sicherungsübereignung zu deren Gunsten ein Ende setzt. Diese ist Rechtsnorm geworden, aber nicht gegen das Gesetz, sondern eine Lücke desselben ausfüllend.

III. Kapitel.

Einzelheiten der Ausgestaltung.

1. Konkurs und Zwangsvollstreckung.

Wie gestalten sich die Rechtsverhältnisse im Konkurs? Zunächst wollen wir den Fall ins Auge fassen, wo der Schuldner in Konkurs fällt.

Es stehen sich in der Literatur zwei Meinungen gegenüber. Während die eine (vgl. z. B. Jäger, K.O. 5. A. 1916, § 23, Anm. 7; Fischbach a. a. O. S. 240; Siméon, Recht und Rechtsgang, II. Bd. 10./11. A., 1921, S. 671; Gerbert a. a. O. S. 21; Düringer-Hachenburg, Komm. z. Hdlsgesb. 2. A. II. Bd. S. 712; Staub, Komm. z. Hdlsgesb. 8. A. II. Bd., S. 1382, Anm. 108; R.G. v. 28. 2. 22 in Recht 1922, Nr. 1296) dahin geht, daß sich der Fiduziar sachlich wie ein Pfandgläubiger behandeln lassen müsse, weil im Innenverhältnis das fiduziarisch übertragene Recht dem Gemeinschuldner gehöre und folglich nur Absonderung in Frage käme, setzt sich die andere (vgl. z. B. v. Tuhr, II, 2, S. 200 ff.; Salinger a. a. O. S. 436; Lilienthal, die Uebereignung zum Zwecke der Sicherung, D. Jur. Z. 7, S. 542 ff.) dafür ein, daß dem Gläubiger das Aussonderungsrecht gebühre, da der Sicherungsgegenstand nicht zur Konkursmasse gehöre (§ 43 K.O.).

Die Frage, ob Absonderung oder Aussonderung ist die Frage nach dem Begriff des sog. fiduziarischen Eigentums, die schon oben beantwortet wurde. Auch im Innenverhältnis ist der Gläubiger Eigentümer geworden und zwar gemäß dem Willen der Parteien. Darum „gehört" — denn unter diesem Ausdruck ist nicht die wirtschaftliche Zugehörigkeit (R.G. 45, S. 85), sondern die rechtliche zu verstehen (vgl. auch Jäger a. a. O. S. 651, Anm. 1: „dem Rechte nach zustehen") — das Sicherungsgut nicht dem Gemeinschuldner. Der Fiduziar kann also aussondern. (Mit dem Hinweis darauf, daß die Absonderung zunächst Aussonderungskraft habe, vgl. Fischbach a. a. O., ist noch nichts bewiesen; Absonderung ist nicht Aussonderung!) Nun ist allerdings zu bedenken, daß die abgeschlossene Sicherungsübereignung den Zweck hatte, dem Gläubiger wieder zu seinem Gelde zu verhelfen, im Nichtzahlungsfall durch Verwertung des Sicherungsgutes. Daraus ist zu folgern, daß der Konkursverwalter den Fiduzar auffordern darf, die Verwertung vorzunehmen und den Mehrerlös an die Konkursmasse herauszugeben. (So auch v. Tuhr a. a. O.) Daß dies „ein unter Umständen gefährlicher und unzweckmäßiger Umweg" (vgl. Siméon a. a. O.) ist, ist nicht abzustreiten, muß jedoch als Rechtskonsequenz mit in Kauf genommen werden. Zu übersehen ist aber auch nicht, daß im freihändigen Verkauf — im

Falle der Aussonderung — unter Umständen der Gläubiger einen höheren Preis erzielt, sodaß nach Lage des Falles der Konkursmasse ein größerer Betrag zugeführt werden kann, als wenn der Verwalter — im Falle der Absonderung — die Verwertung vornimmt; denn nach § 127 K.O. ist dieser verpflichtet, die Verwertung nach den Regeln des Pfandverkaufs oder der Zwangsvollstreckung vorzunehmen, darf also nicht freihändig verkaufen. (Vgl. Siméon a. a. O. S. 707.) Und in letzterem Falle kann der Gläubiger seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen (§ 127 Abs. I, S. 2 K.O.). Dabei ist sehr leicht möglich, daß das Sicherungsgut noch nicht einmal die Höhe des Schuldbetrages herausbringt, sodaß der Umweg für den Gläubiger wie für die Konkursmasse von nutzbringender Bedeutung sein kann.

Einigkeit herrscht auch nicht in Bezug auf die Rechtsverhältnisse im Konkurs des Treuhänders. Da dem Gemeinschuldner das Sicherungsgut „gehört", so spricht die Rechtskonsequenz gegen die Annahme der Aussonderung durch den Schuldner (so v. Tuhr a. a. O.; Lang, Ziv.-Arch. 83, S. 336 ff.; Dreyer, Gruch. Beitr. 40, S. 458; Leist, a. a. O. S. 83; Endemann, Lehrbuch I. Bd. 8. A., S. 286, Anm. 25; Lilienthal a. a. O.; Salinger a. a. O.). Kohler (Iher. Jahrb. 16, S. 353) begründet die Aussonderung mit Hilfe einer rei vindicatio utilis (ebenso auch Enneccerus I, 1, 1919, S. 373), indem sonst die Gläubiger des Fiduziars einen „unverdienten Gewinn" auf Kosten des Fiduzianten machten. Hier ist nun folgendes zu bedenken: fällt der Fiduziar in Konkurs, nachdem der Schuldner am Fälligkeitstermin gezahlt, aber bevor das Sicherungsgut zurückübereignet ist, so wäre es gewiß höchst unbillig, wollten die Gläubiger auch noch hierauf greifen. Dieser Fall dürfte jedoch selten sein; denn gewöhnlich wird der Schuldner an dem Fälligkeitstermin auch sein Eigentum wiederbekommen. Wenn der Konkursfall aber vor dem Zahltermin eintritt, so ist zu bedenken, daß die Gläubiger an dem Sicherungsgut ein Aequivalent dafür finden, daß von ihrem Gemeinschuldner ein Teil Vermögen an den Fiduzianten gefallen ist, welches vielleicht entweder Bestandteil der Konkursmasse hätte werden können oder imstande gewesen wäre, den Konkurs zu verhindern. So kann immerhin die wirtschaftliche Hilfe auf Seiten des Fiduzianten mit der Schädigung der Gläubiger des Fiduziars im Kausalzusammenhang stehen. Man kann also nicht ohne weiteres von einem „unverdienten Gewinn" sprechen. Und wenn dies wirklich der Fall ist, so kann man jedenfalls mit einer rei vindicatio utilis die Aussonderung nicht begründen, da unser heutiges Recht eine solche nicht kennt. Man (vgl. Brütt, Abstr. Forderung, 1908, S. 9) hat ferner die Aussonderungsbegründung in der Verallgemeinerung des § 392 II H.G.B. zu finden versucht. Daß aber der Kommittent im Konkurs des Kommissionärs das Aussonderungsrecht von Forderungen hat, ist eine spezielle Bestimmung des Gesetzes, welche nur

für das Kommissionsrecht Geltung hat und in ihm ihre Erklärung findet. Denn im Verkehr hat man damit zu rechnen, daß der Kommissionär das Geschäft für fremde Rechnung abgeschlossen hat (R.G. 84, S. 216). Darum ist eine Ausdehnung dieser Bestimmung unzulässig. Mit Hilfe einer auflösenden Bedingung (vgl. Schultze a. a. O.), deren Eintritt mit einem den Geschäftzweck gefährdenden Ereignis (z. B. Konkurs des Gläubigers) erfolgt, wäre eine Aussonderung ohne weiteres gegeben, da in diesem Fall das Eigentum an den Treugeber zurückfällt, und die Sache damit nicht mehr dem Gemeinschuldner „gehört". Allein, wie schon oben erwähnt, ist eine solche bedingte Eigentumsübertragung keineswegs die Regel. Gewiß kann sie durch Parteivereinbarung rechtsgültige Wirksamkeit erlangen, jedoch muß sie in jedem Fall ausdrücklich getroffen werden; im praktischen Leben ist die Regel die unbedingte Uebereignung. Somit hat diese Begründung nur einen Ausnahmecharakter. Auch die sonstigen Versuche, ein Aussonderungsrecht des Treugebers zu begründen, scheitern meist an der abstrakten Natur des Uebereignungsvertrages. Jäger weist auf die Entstehung und den Zweck des § 43 K.O. hin, indem er auf die Beratungen der Reichstagskommission von 1875/76 aufmerksam macht, welche Folgendes „zu Protokoll konstatiert" hatte: „Durch § 35 (jetzt 43) soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen, durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung", „zur Sicherung" oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält". Allerdings gibt Jäger zu, daß diese Feststellung „nicht gerade eine authentische Interpretation" sei, jedoch eine „feste Grundlage abgegeben" habe „für eine ständige Rechtsprechung". Die Rechtsprechung, insbesondere die des Reichsgerichts, bejaht die Aussonderungsberechtigung des Treugebers. Infolge der konstanten Anerkennung ((vgl. R.G. 19, 60; 24, 45; 41, 3; 44, 3; 45, 85; 46, 167; 62, 198; 79, 121; 84, 218; 91, 16) des Aussonderungsrechts durch die Gerichte ist man wohl berechtigt, von einer gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung des in Frage stehenden Rechts zu sprechen. Und in dieser Beziehung dürfte Jäger recht zu geben sein.

Es ist also nur infolge gewohnheitsrechtlicher Durchsetzung die Aussonderungsberechtigung des Treugebers im Konkurs des Treuhänders zu bejahen.

Parallel dieser Fragen im Konkurs, d. h. der Generalvollstreckung in das Vermögen einer der Parteien, gehen die Fragen, ob in der Einzelvollstreckung die Widerspruchsklage gemäß § 771 Z.P.O. gegeben ist. Zunächst sei die Frage aufgeworfen hinsichtlich der Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners. Hat der

Gläubiger die Berechtigung, der Pfändung durch einen Dritten zu widersprechen?

Die Beantwortung dieser Frage ist analog der Aussonderungsfrage im Konkurs zu fällen; denn die Widerspruchsklage des § 771 Z.P.O. ist mit dem Aussonderungsanspruch im Konkurs wesensverwandt (vgl. R.G. 79, 122). Um die Widerspruchsklage geben zu können, muß dem Gläubiger „ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehen" (§ 771). Zweifellos ist das Eigentum ein Recht in diesem Sinne. Wie aber auch schon oben näher ausgeführt wurde, ist durch den Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages der Gläubiger Eigentümer geworden. Die Frage also, ob die Widerspruchsklage dem Gläubiger zuzubilligen ist, ist ebenso zu bejahen wie die oben bejahte Frage der Aussonderung. (Vgl. Gaupp-Stein Z.P.O. II, § 771 IIa.)

Größere Bedeutung hat die Frage, ob bei der Vollstreckung in das Sicherungseigentum des Treuhänders dem Schuldner die Widerspruchsklage zusteht. Die Meinungen in der Literatur gehen natürlich auch hier auseinander; denn die Frage ist auch hier wieder dieselbe wie oben: erfolgt durch die Uebereignung schlechthin auch die Einverleibung in das Vermögen des anderen? Wem gehört das Sicherungsgut? Daß wir unter „gehören" nur das Zu-Eigentum-Haben verstehen können ist oben erwähnt. Wir können uns also auch hier nur wieder zu der Ansicht bekennen, daß die Gläubiger des Fiduziars ebenso, wie sie auf das sonstige Eigentum ihres Schuldners zu ihrer Befriedigung greifen können, dies ebenso geschehen kann, wenn das Eigentum ein Sicherungseigentum ist. (Vgl. Sydow-Busch Z.P.O. 15. A. 1919 § 771, S. 698; Seuffert Z.P.O. II § 771, 10. A., S. 417; Falkmann, die Zwangsvollstreckung 2. A., 1914, S. 423.) Allein, in ständiger Rechtsprechung ist diese Frage ganz analog der zu Gunsten des Treugebers entschiedenen Frage der Aussonderung im Konkurs des Treuhänders behandelt, sodaß auch hier von einer gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung gesprochen werden muß. (Vgl. Rich. Schmidt, Lehrbuch des Dt. Ziv.-Proz.-Rechts, 2. A., 1906, S. 1035; Dernburg, Bürg. Recht I, § 172 III; Fr. Leonhard, Bürg. Recht 1923, S. 38; O.L.G. Bd. 4, S. 381.)

2. Grenzfragen der Sicherungsübereignung.

a) Die Sicherungsübereignung von Warenlagern.

Oben wurde die Sicherungsübereignung gegen die Angriffe verteidigt, welche ihr grundsätzlich die rechtliche Anerkennung absprachen und zwar vom Standpunkt der Simulation und des Pfandrechts aus. Hier soll es sich darum handeln, Grenzfragen ihrer Anwendbarkeit zu beantworten. Namentlich sind es zwei Gesichtspunkte, von denen aus man zu der Frage Stellung nehmen muß, ob man die Sicherungsübereignung rechtlich zulassen soll oder nicht.

Der erste Gesichtspunkt ergibt die Frage der Anwendbarkeit der Sicherungsübereignung in Bezug auf das Sicherungsobjekt. Hier ist das Grenzproblem der Sicherungsübereignung von Warenlagern zu behandeln. Der zweite Gesichtspunkt ergibt die Frage der Anwendbarkeit der Sicherungsübereignung in Bezug auf die Art und Weise des Abschlusses derselben. Hier ist die Frage zu beantworten: wo ist die Grenzlinie der rechtlichen Gültigkeit bzw. Ungültigkeit der Sicherungsübereignung vom Standpunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten zu ziehen?

Zunächst zu der Frage der Sicherungsübereignung von Warenlagern.

Es ist eine im Leben häufige Erscheinung, daß als Sicherungsobjekte ganze Warenlager übereignet werden. Die Uebereignung eines Warenlagers kann nach heutigem Recht nicht einfach als Sachgesamtheit übertragen werden, da das B.G.B. diesen Begriff nicht kennt. Es ist darum nötig, in Bezug auf jede einzelne Sache die gesetzlichen Erfordernisse der §§ 929 ff. B.G.B. zwecks Eigentumsübertragung zu erfüllen, uns interessieren also die Erfordernisse des § 930 B.G.B., welcher als Uebergabeersatz ein Rechtsverhältnis fordert, „vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt". Welcher Natur nun dieses den mittelbaren Besitz vermittelnde Rechtsverhältnis sein muß, sagt § 868 B.G.B., wonach Nießbrauch, Pfand, Miete, Pacht, Verwahrung solche Rechtsverhältnisse sind.

Da aber nun der Sicherungsgeber des Warenlagers zur Weiterveräußerung der Warenbestände im eigenen Namen und für eigene Rechnung berechtigt sein soll, so erhebt sich die Frage, ob diese genannten Verhältnisse eine solche Befugnis gestatten.

Pfand, Miete und Verwahrung erscheinen von vornherein ausgeschlossen, da sie keine solche Veräußerungsbefugnis gestatten. Die Pacht gestattet nur den Genuß der Früchte sowie den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes (§ 581 B.G.B.). Gebrauch und Nutznießung reichen aber nicht hin; denn der Sicherungsgeber will ja die Sicherungssubstanz selbst verbrauchen. Aus diesem Grunde kann man auch § 588 I, S. 2 nicht heranziehen, da dieser sich nur auf das Inventar als Annex selbst bezieht und somit eine Analogie mit der Sicherungssubstanz ausgeschlossen ist, da diese eben nur mit dem Pachtgegenstand, dem Grundstück verglichen werden könnte.

Man hat aber versucht, den Nießbrauch als ein geeignetes Rechtsverhältnis zu erklären, um ein solches Veräußerungsrecht zu gestatten (vgl. Zeiler, a. a. O. S. 70 f.; L.Z. S. 1042): so hat Zeiler den sog. Dispositionsnießbrauch konstruiert. Nach § 1067 B.G.B. wird der Nießbraucher verbrauchbarer Sachen — somit gemäß § 92 II, B.G.B. der einzelnen Waren des Warenlagers — Eigentümer der Sachen und kann über sie nach Belieben verfügen. Er hat nach

der Beendigung des Nießbrauchs dem Besteller den Wert der Sachen zu ersetzen. Hiernach würde also der Sicherungsgeber wieder Eigentümer der Sicherungsobjekte werden. Um dies auszuschließen, erklärt Zeiler diese Gesetzesbestimmung durch Parteivereinbarung für abänderbar, indem er auf die dispositive Natur des § 1067 hinweist. Die dispositive Natur dieses Paragraphen ist von den Motiven III, S. 534 bestätigt, indem sie sagen: „Wegen der dispositiven Natur der Rechtsregel bleibt es möglich, daß die Beteiligten den Eintritt der Rechtsnorm ausschließen und auf verbrauchbare Sachen die Vorschrift über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen Anwendung finden lassen." Dies soll m. E. heißen: Den Parteien bleibt es unbenommen, ob sie an verbrauchbaren Sachen den uneigentlichen Nießbrauch des § 1067 mit den hier angegebenen Rechtsfolgen wählen oder den eigentlichen Nießbrauch der §§ 1030 ff. Im letzteren Fall treten dann die für den eigentlichen Nießbrauch aufgestellten Rechtsfolgen in Kraft, also Nutzungsberechtigung, aber nicht Veräußerungsbefugnis. Nicht aber soll es den Parteien gestattet sein, Rechtsfolgen des regulären und Rechtsfolgen des irregulären Nießbrauchs nach Belieben in ihren Vertrag aufzunehmen. (Vgl. Hoeniger S. 61 f.) Wählen die Parteien den irregulären Nießbrauch, so wird der Nießbraucher Eigentümer und darf verfügen. Dies aber entspricht nicht dem Zweck der Sicherungsübereignung, da ja der Gläubiger in dem Eigentumsübergang seine Sicherung erblickt. Wählen die Parteien den regulären Nießbrauch, so wird der Nießbraucher zwar kein Eigentümer, aber er darf auch nicht verfügen. Dies entspricht wiederum nicht dem Zweck der Sicherungsübereignung, da der Schuldner seinen Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten und infolgedessen die Warenbestände zu veräußern gezwungen ist.

Auch eine analoge Anwendung des § 1048 B.G.B. (vgl. Dobriner a. a. O.) ist unmöglich. Im § 1048 ist davon die Rede, daß der Nießbraucher eines Grundstücks mit Inventar über die einzelnen Stücke des Inventars verfügen darf. Dies heißt, daß er über die eigentliche Nießbrauchssubstanz, welche das Grundstück bildet, nicht verfügen darf, sondern nur über die Inventarwerte als Zubehörstücke. Wie Hoeniger richtig bemerkt, ist diese Verfügungsbefugnis mit der über die Zubehörstücke eines Grundstücks zu vergleichen, welches mit einer Hypothek belastet ist. Das Warenlager aber als Sicherungssubstanz ist nicht mit dem Inventar des § 1048 zu vergleichen, sondern höchstens mit dem Grundstück. Ein Zerlegen des Warenlagers in eine ideelle Sachgesamtheit und die einzelnen Warenbestände und somit erstere mit dem Grundstück, letztere mit dem Inventar zu vergleichen, ist abwegig, da die ideelle Sachgesamtheit als Rechtsbegriff unserem Recht unbekannt ist.

Es läßt sich also auch ein Nießbrauchsverhältnis nicht als geeignet annehmen. Der § 868 erweitert jedoch noch die Aufzählung

der genannten Rechtsverhältnisse dadurch, daß er auch ein „ähnliches Verhältnis“ als genügend ansieht, „vermöge dessen“ jemand „einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist“.

Daß man als ein solches ähnliches Verhältnis den Kommissionsvertrag als geeignet annehmen kann, ist von Hoeniger (S. 72 ff) treffend widerlegt worden, wonach keine der wesentlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die Pflichten des Kommissionärs zutreffen. Es kann darum in Bezug auf diesen Punkt auf Hoeniger verwiesen werden.

Die Ansichten, was man unter einem „ähnlichen Verhältnis“ zu verstehen hat, sind nicht einheitlich.

Wolff (a. a. O. S. 21 ff.) hält ein Rechtsverhältnis für erforderlich, welches einen gültigen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer erzeugt. Erforderlich sei ferner, daß der unmittelbare Besitzer kraft abgeleiteten Besitzrechts besitzen müsse, welches gegenüber dem mittelbaren Besitzer inhaltlich beschränkt sein müsse. Hoeniger (S. 93 ff.) erklärt für das wesentliche Erfordernis nur den Herausgabeanspruch, welcher dem Erwerber als Ersatz für die „durch sofortige Besitzübertragung mögliche Betätigung der Eigentümermacht im Sinne des § 903“ wenigstens die Möglichkeit gibt, „die konkrete Sache nach Aufhören des entgegenstehenden Besitzrechts unmittelbar an sich zu ziehen“. Und da der Schuldner zur freien Verfügung über das Sicherungsobjekt berechtigt sei, so werde der Herausgabeanspruch hierdurch aufgehoben; somit könne eine Sicherungsübereignung von Warenlagern nicht als rechtsgültig anerkannt werden. Fr. Leonhard (Stellvertretung beim Fahrniserwerb S. 61) hält für erforderlich, daß der unmittelbare Besitz „auf Kosten des fremden Vermögens“ zu erfolgen habe. Der Vermögensverlust bestehe dann eben in der Ueberlassung des unmittelbaren Besitzes. Die Sache müsse aber „als Vermögen des mittelbaren Besitzers gelten“ (vgl. Bürg. R., S. 106). Da aber der Schuldner seine Warenbestände auf eigene Rechnung veräußere, läge ein rechtsgültiges Besitzmittlungsverhältnis nicht vor (ebenda S. 141). Zu demselben Resultat kommt auch Kleinrath (a. a. O. S. 104 ff.), welcher auf Grund einer Ansicht des O.L.G. Karlsruhe (Bank-Arch. 10, S. 28) und der Ansicht Staudingers (Komm. § 868, Anm. I, 1), welche abgeleiteten und zeitlich beschränkten Besitz verlangen, als entscheidend ansieht, „ob nach der im Leben herrschenden Anschauung der Vermögenswert der Sache dem angeblichen Veräußerer oder dem Erwerber gehören soll“. Denn das Kennzeichen des mittelbaren Besitzes müsse und könne nur darin liegen, „daß der unmittelbare Besitzer an der Sache ein, wie auch immer geartetes Nutzungsrecht, oder eine, wie auch immer geartete Verwaltungspflicht hat, sein Besitz aber dadurch als abgeleitet erscheint, daß dem mittelbaren Besitzer der Vermögenswert

der Sache verbleibt". Der unmittelbare Besitzer könne zwar über die Sache verfügen, jedoch müsse dies nur in fremdem Interesse geschehen, um noch ein Verhältnis nach § 868 annehmen zu können. Veräußert er jedoch in eigenem Interesse, wie bei einem Verkauf von Warenbeständen eines Warenlagers, so könne ein Rechtsverhältnis gemäß § 868 nicht mehr angenommen werden, da es sinnwidrig sei, in diesem Falle noch zu sagen, daß der unmittelbare Besitz vom mittelbaren abgeleitet sei.

Demgegenüber zieht Ackermann (S. 115) die Grenze der Erfordernisse für ein im Sinne des § 368 ähnliches Verhältnis bedeutend weiter und fordert ganz allgemein, daß außer der zeitlichen Beschränkung des Verhältnisses nur irgendeine Oberherrschaft vorzuliegen brauche, welche die Entstehung eines Anspruchs des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe unter irgendwelchen Umständen möglich mache. Der Herausgabeanspruch brauche dem unmittelbaren Besitzer nur zu drohen. Die Vertragsabmachungen zwischen Schuldner und Gläubiger brauchten nur erkennen zu lassen, daß bei der Verwaltung und Verfügung ein Interesse des Gläubigers mitbestimmend sei. Dann läge ein gültiges Rechtsverhältnis vor.

Bei der Beurteilung, welche Erfordernisse für ein im Sinne des § 868 gültiges Rechtsverhältnis vorliegen müssen, ist zunächst aus dem Gesetz direkt zu folgern, daß kraft des vereinbarten Rechtsverhältnisses eine Besitzberechtigung oder -verpflichtung des unmittelbaren Besitzers und ferner eine zeitliche Begrenzung dieser Berechtigung oder Verpflichtung vorliegen muß. Ein weiteres Erfordernis stellt das Gesetz dadurch auf, daß es „ein ähnliches Verhältnis" fordert. Mit diesem relativen Begriff Aehnlichkeit verweist das Gesetz auf die von ihm aufgezählten Rechtsverhältnisse.

In Betrachtung dieser gegebenen Besitzmittlungsverhältnisse stellen wir durch folgende Gründe nachstehende 2 Erfordernisse für ein im Sinne des § 868 ähnliches Verhältnis fest: Das Uebergehen des Besitzobjektes in den unmittelbaren Besitz jemandes kann entweder so geschehen, daß der Eigentümer die Sache dem andern Teil übergibt. Dann erwirbt der letztere sein unmittelbares Besitzrecht von dem ersteren, er leitet es ab und ist unmittelbarer Besitzer, der andere mittelbarer Besitzer. Eine im Sinne von Uebergabe geschehene Ableitung des Besitzes braucht aber für ein gültiges Besitzmittlungsverhältnis nicht vorzuliegen. Z. B. wird auch der Verkäufer, welcher die Kaufsache vom Käufer zurückmietet, ohne daß dieser unmittelbarer Besitzer war, ohne Hin- und Rückgabe, mittelbarer Besitzer. (Vgl. Wolff a. a. O.) Der Käufer hat zwar das Eigentum, aber nicht das Eigentum als ein Recht ohne wirtschaftlichen Inhalt, sondern gerade als Recht mit wirtschaftlichem Inhalt (vgl. auch oben), wenn er auch nicht den unmittelbaren Besitz der Sache hat. Der Käufer als nichtbesitzender Eigentümer behält den Wert der Sache. (Vgl. Leonhard, Kleinrath a. a. O.) Da er jedoch

des unmittelbaren Besitzes entbehrt, hat er nur nicht die unmittelbare wirtschaftliche Ausnutzung der Sache selbst. Das Verbleiben des Vermögenswertes beim mittelbaren Besitzer muß sich nun durch eine gewisse Einflußmöglichkeit auf die Betätigung des Besitzrechts des unmittelbaren Besitzers äußern. Dieser Einfluß kann verschieden weit gehen. Bei Nießbrauch, Miete, Pacht muß der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren, die Betätigung seines Besitzrechts gemäß §§ 1030; 535; 585 B.G.B. gestatten, also den Gebrauch der Sache und die Fruchtziehung bzw. nur den Gebrauch. Bei Verwahrung und Pfand erschöpft sich der Besitz in dem bloßen Haben der Sache ohne irgendwelche Ausübung des Besitzrechts. Die Einflußgrenze aber läßt sich vom unmittelbaren Besitzer aus insofern einheitlich erkennen, als dieser niemals so weit gehen darf, um wie ein Eigentümer über die Sache zu verfügen. Demnach darf er also nicht über die Sache verfügen, ohne irgend welche Rücksicht auf den Anspruchberechtigten zu nehmen. Er darf nicht durch eine willkürliche, d. h. durch eine einseitige Interessenbetätigung ohne Einwilligung des mittelbaren Besitzers das Vermögen desselben verringern. Wir stellen somit 1. fest: Die Besitzrechtsbetätigung des unmittelbaren Besitzers braucht nicht im ausschließlichen Interesse des mittelbaren Besitzers zu erfolgen; dies schließt schon die Betätigung des Nießbrauchs, Miet- und Pachtrechts aus. Sie darf aber anderseits nicht soweit gehen, um dem unmittelbaren Besitzer eine eigentümergleiche Betätigung zu gestatten.

Die Vermögenszugehörigkeit fordert *2.* einen Herausgabeanspruch. Dieser schafft ein dingliches Verhältnis zu der Sache, welche unter gewissen Umständen und zu einer gewissen Zeit dem Anspruchberechtigten herausgegeben werden muß.

Liegen nun diese *2* Erfordernisse vor, dann haben wir es mit einem im Sinne des § 868 „ähnlichen Verhältnis" zu tun. Sind diese auch bei dem Verhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer eines Warenlagers erfüllt, so daß wir ein rechtsgültiges Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 und damit die Rechtsgültigkeit einer Sicherungsübereignung von Warenlagern nach § 930 annehmen können? Diese Frage ist aus folgenden Gründen mit ja zu beantworten.

Das Wesen der eigentümergleichen Betätigung liegt darin, daß eine freie Verfügungsbefugnis über die Sache nach Belieben des Eigentümers gegeben ist und zwar bis zum Grade der Verschenkung, ohne daß auf Dritte Rücksicht genommen zu werden braucht. Der Sicherungsgeber erhält zwar eine freie Verfügungsbefugnis über die Warenbestände als Eigentumsobjekte eines andern. Diese freie Verfügungsbefugnis bedeutet aber nicht die Negation des Fremdrechts; denn

1. hat der Eigentümer seine Einwilligung zur freien Verfügung über die Warenbestände nach Gutdünken des Schuldners gegeben,

ohne daß hierin eine Aufgabe des die Warenbestände bildenden Vermögens des Gläubigers zu erblicken wäre, da

2. die freie Verfügung eingeschränkt wird durch die Bedingung der Vermögenserhaltung des Gläubigers. Diese Bedingung wird rechtlich festgelegt durch die obligatorischen Abreden der Versicherung der Warenbestände auf Kosten des Schuldners, der Abrechnungspflicht, der Erlösablieferung bzw. der Anschaffung von Ersatzwaren. Diese Pflichten hindern zwar nicht die volle Handlungsfreiheit des Schuldners, hindern ihn aber — infolge der Abrechnungspflicht — daran, die Sachen evtl. zu verschleudern, hindern ihn vor allem jedoch an der Vermögensverminderung des Gläubigers — infolge der Erlösablieferungspflicht bzw. der Anschaffungspflicht von Ersatzwaren. Durch beide Pflichten wird die Erhaltung des Vermögenswertes gesichert.

Es ergibt sich somit, daß ein Vertrag, welcher einerseits zur freien Veräußerungsbefugnis dem Schuldner die Berechtigung gibt, anderseits aber diesen zur Vermögenswerterhaltung obligatorisch zwingt, nicht die uneingeschränkte Verfügungsfähigkeit bis zum Grade der Verschenkung und damit nicht eine eigentümergleiche Stellung gibt, sondern nur eine hauptsächlich auf Konjunkturausnutzung berechnete freie Verkaufsbetätigung gestattet.

Falls der Schuldner nun diese Pflichten nicht erfüllen kann, muß er die jeweils vorhandenen Warenbestände, soweit diese nicht durch Erlösablieferung frei geworden sind, herausgeben. Zur Gültigkeit des Vertrags ist allerdings zu fordern, daß sich aus diesem die Interessenmitbestimmung des Gläubigers hinsichtlich der Vermögenserhaltung nach den aufgestellten Gesichtspunkten ergibt.

Nach dieser Darlegung kann man m. E. nicht sagen, daß dem Sicherungsnehmer nicht der Vermögenswert verbleibt. Der § 868 gestattet als Besitzmittlungsverhältnis obligatorische Rechtsverhältnisse. Diese unterliegen freier Parteiausgestaltung ohne Rücksicht auf die im Schuldrecht aufgestellten Vertragstypen. Nur sind die Parteien gebunden, die zwingenden Gesetzesvorschriften z. B. die Nichtigkeitsbestimmung des Verstoßes gegen die guten Sitten, § 138 B.G.B. (hierzu vgl. folg. Kap.), zu beachten. Das Besitzmittlungsverhältnis soll rechtlich den Widerspruch der Eigentumsübertragung mit dem Verbleiben der Sachen beim Schuldner beseitigen. (Vgl. O.L.G. Karlsruhe, Bankarchiv 10, S. 28.) Die Beseitigung ist aber eine wirtschaftliche Frage. Wird nun diese einerseits zugunsten der Vermögenserhaltung durch den Vertrag in gesetzlich erlaubten Schranken erreicht und anderseits dem Eigentümer ein Herausgabeanspruch verschafft, so muß ein „ähnliches Verhältnis“ nach § 868 angenommen werden. Und dies ist, wie dargelegt, bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern der Fall.

Allerdings muß betont werden, daß alle Konstruktionen in der Literatur über diese Frage heute nur noch theoretischen Wert be-

sitzen. (Vgl. Hoeniger, J. W. 1912, S. 419.) Die Praxis nämlich, vor allem die des Reichsgerichts, hält seit langem an der Gültigkeit der Sicherungsübereignung von Warenlagern fest, indem sie im Hinblick auf § 868 auf die Bezeichnung des Rechtsgeschäfts keinen Wert legt (Seuff. Arch. 70/96) und nur aus der Gesamtheit der Vertragsabreden auf ein unbenanntes Rechtsverhältnis schließt. (Vgl. Recht 09/1998; Jur.W. 1913, S. 432/4; R.G.E. 54/397.) Aus dem Vertragsinhalt muß sich nach der Reichsgerichtsansicht ergeben, daß für den Schuldner eine Besitzberechtigung auf Zeit und eine Veräußerungsberechtigung unter Mitberücksichtigung der Gläubigerinteressen besteht. Dies könne schon daraus erkannt werden, daß der Schuldner die Versicherung für die Warenbestände übernähme (Warneyer: Erg. Bd. 13/20) oder den für die veräußerten Waren erzielten Erlös an den Gläubiger abführe (Warneyer II. Erg. Bd. S. 434). Ergeben sich somit aus dem Sicherungsübereignungsvertrag eine dingliche Einigung, die Pflichten und Rechte des Schuldners unter Mitberücksichtigung der Gläubigerinteressen sowie ein Herausgabeanspruch für letzteren, dann besteht nach der Reichsgerichtsansicht kein Bedenken gegen die Sicherungsübereignung eines Warenlagers, wie es sich zur Zeit der Vertragsvereinbarung darstellt.

Aber da ja nun der Schuldner die Warenbestände veräußern darf und anderseits evtl. neue Ersatzwaren anschaffen muß, so erhebt sich die weitere Frage nach der Ueberführung derselben in das Eigentum des Gläubigers.

Zunächst ist, da, wie schon oben erwähnt, das B.G.B. keine Sachgesamtheit kennt, bei jeder neu angeschafften Ersatzware die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang sowie der obligatorische Besitzmittlungsvertrag als Uebergabeersatz erforderlich.

Da der Schuldner nun als offener Stellvertreter den unmittelbaren Uebergang der Ersatzwaren in das Eigentum seines Gläubigers nicht bewirken kann, weil er gezwungen ist, die Sicherungsübereignung seinen Warenlieferanten gegenüber zu verschweigen, um nicht seinen Kredit hierdurch zu zerstören, hat man versucht, auf anderem Wege einen unmittelbaren Eigentumsübergang auf den Gläubiger zu bewirken. So hat Bruns (a. a. O. S. 4) eine sogenannte primäre und sekundäre Interessenvertretung konstruiert, indem bei der ersteren der Interessenvertreter bewußt zunächst die Wirkungen des Rechtsgeschäfts bei sich selbst hervorbringen will, bei der andern aber müssen einerseits dem Vertreter die Wirkungen des Rechtsgeschäfts und anderseits auch dem Vertragsgegner gleichgültig sein. (Vgl. R.G. 100, S. 192.) Diese „sekundäre Interessenvertretung" kann aber nicht für unseren Fall in Betracht kommen, da der Warenlieferant stets interessiert ist, wer Eigentümer wird, und dies erst der Fall sein wird, wenn er nicht gegen Barzahlung liefert. Und wenn der Schuldner im Namen seines Gläubigers das

Rechtsgeschäft abschließt, ohne aber diese Handlung im fremden Namen als solche kund zu tun — wozu er ja gezwungen ist — so kommt gemäß § 164 II B.G.B. „der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht". (Vgl. Hoeniger a. a. O. S. 109 ff.) Die Wirkungen treten damit in der Person des Schuldners ein.

Man hat ferner mit Hilfe des „antizipierten Konstituts" einen unmittelbaren Eigentumsübergang auf den Gläubiger zu konstruieren versucht. (So namentlich das Reichsgericht: E. 56 S. 54; Jur.W. 1912 S. 797 f.; 1907 S. 747; E. 73, S. 415; 100 S. 192 f.; Gruch. 47 S. 987; 53 S. 1045.) So sagt das Reichsgericht z. B. in Jur.W. 1912 S. 797: „Handle es sich um eine Sachgesamtheit, so brauche nicht bei jeder Neuanschaffung die vorbezeichnete Vereinbarung neu getroffen zu werden, es genügt, wenn der Wille des Anschaffenden, die neu erworbenen Gegenstände als Eigentum des Vertragsgegners zu besitzen, für diesen erkennbar in die Erscheinung träte; daß die Eigentumsübertragung auch für Dritte erkennbar sein, könne bei dem gesetzlich als Ersatzmittel für eine körperliche Uebergabe zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden". Jedoch einem antizipierten Konstitut muß aus folgenden Gründen die Rechtsgültigkeit versagt werden.

Wenn wir nämlich vom gewöhnlichen constitutum possessorium des § 930 ausgehen, so müssen wir folgendes feststellen: der § 930 enthält nur eine Bestimmung, wie die im § 929 S. 1 zur Eigentumsübertragung auch geforderte Uebergabe zu ersetzen ist. Mithin bezieht sich der § 930 nur auf die Besitzbeschaffung, welche neben der dinglichen Einigung zum Eigentumsübergang notwendig ist. Die Besitzbeschaffung des § 930 ist eine mittelbare im Gegensatz zur unmittelbaren des § 929 S. 1. Es ist aber nun zur Besitzbeschaffung unbedingte Voraussetzung, daß der Uebereignende den Besitz selbst zur Zeit des Abschlusses des Besitzmittlungsvertrages schon hat. Dies ergibt sich, wie Fr. Leonhard (Stellvertr. S. 46) treffend ausführt, einerseits schon aus dem Wortlaut des § 930 selbst, anderseits jedoch besonders aus dem Gedanken, daß nur derjenige einen andern zum mittelbaren Besitzer machen kann, welcher selbst den Besitz hat. Es ist nun nicht erforderlich, daß er den unmittelbaren Besitz hat (vgl. Wolff S. 189), obwohl § 930 von „Uebergabe" spricht, vielmehr muß er mindestens mittelbarer Besitzer sein.

Da aber nun nach § 930 das constitutum possessorium einen Besitzverschaffungsvertrag darstellt dergestalt, daß durch diesen Vertrag eben der Besitz vom Uebereignenden auf den Erwerber übergeht, so kann nicht ein antizipiertes constitutum possessorium gedacht werden, welches diese Besitzbeschaffung gar nicht zur Folge hat. Dies bedeutete einen inneren Widerspruch. Gewiß kann die dingliche Einigung vorausgenommen werden, da aber diese allein den Eigentumsübergang nicht vermittelt, so muß als Uebergabe-

ersatz die mittelbare Besitzbeschaffung durch ausdrückliche Parteivereinbarung zur Zeit der Besitzbeschaffung hinzutreten. Eben weil dies Letztere vor der Anschaffung der Ersatzwaren nicht möglich ist, so bleibt die Abmachung, der Schuldner solle bei jeder neuen Anschaffung die Ersatzwaren als Eigentum des Gläubigers besitzen, nur „ein persönliches Versprechen". (Fr. Leonhard a. a. O.)

Praktisch aber würde die Anerkennung des antizipierten Konstituts zu einer großen Verkehrsunsicherheit führen, indem niemand wissen könnte, ob die Sachen, welche er übereignet, nicht an einen andern fallen. Sie würde, wie Kohler sich ausdrückt, (Lehrbuch II, 2 S. 225) „eine Versklavung in futurum, eine Selbstvernichtung der Persönlichkeit" bedeuten. Und die Entstehung von Schäden auf Seiten des Veräußerers sowie auf Seiten des unmittelbaren Besitzers, welch' letzterer sich sehr leicht infolge Vertragspflichtverletzung strafrechtlich verantwortlich machen könnte (vgl. Fr. Leonhard a. a. O.), wäre sehr ermöglicht, was insbesondere dazu führen würde, daß niemand mehr Kredit gäbe.

Wir kommen somit zu der Feststellung, daß es nicht möglich ist, das Eigentum an den Ersatzwaren unmittelbar von dem Lieferanten auf den Gläubiger zu übertragen. Die Eigentumsverschaffung kann nur mittelbar bewirkt werden, indem zunächst der Schuldner für sich das Eigentum erwirbt und dann die einzelnen Stücke auf den Gläubiger überträgt. Dies kann auf 2 Arten geschehen:

1. Der Schuldner macht dem Gläubiger eine schriftliche Mitteilung mit genauer Warenangabe, welche als Offerte zur dinglichen und obligatorischen Einigung aufzufassen ist. Die Annahme derselben kann nun entweder ausdrücklich erfolgen oder nach § 151 B.G.B. als stillschweigend verzichtet unterbleiben. Als Annahmewille kann die Eintragung der Mitteilung in die Bücher des Gläubigers gelten. Jedoch ist eine bloße Kontrolle des Ersatzwarenbestandes durch den Gläubiger nicht genügend (Bankarchiv 1910, S. 28). Auch die Einverleibung der Ersatzwaren in das Warenlager auf Grund einer Vereinbarung, daß diese somit Eigentum des Gläubigers seien, kann die Eigentumsübertragung nicht herbeiführen. (O.L.G. Bd. 18, S. 133; RG. 73, 415.) Die Ueberführung in das Eigentum des Gläubigers kann aber

2. dadurch geschehen, daß der Schuldner als Vertreter des Gläubigers mit sich selbst im eigenen Namen nach § 181 B.G.B. die Ersatzwaren übereignet, indem er den dinglichen und obligatorischen Vertrag abschließt. Die Ermächtigung hierzu kann nun ausdrücklich im Vertrag enthalten sein (Schönfeld S. 47), oder sie ergibt sich aus dem Vertragsinhalt (Marck S. 38). Jedoch muß der Wille zur Eigentumsübertragung durch irgendeine Handlung hervortreten (R.G. 86 S. 262; Jur.W. 12 S. 144; Bankarch. 10, 28.) Diese Handlung braucht aber nur unter den Parteien offenkundig zu sein (Recht 09

Nr. 70), und zwar kann dies dadurch geschehen, daß die Waren in den Büchern umgeschrieben werden, wodurch die einzelnen Waren genau bezeichnet werden müssen (Recht 09 Nr. 70), oder durch Anbringung von Namen und Firmenzeichen des Gläubigers an den Gegenständen (L.Z. 11, 469) oder auch durch getrennte Lagerung.

Die Zulassung des Selbstkontrahierens bedingt aber nun eine scharfe Ueberwachung des Schuldners. Ob diese nun ausreicht, ist je nach Lage des Falles zu beurteilen. Sie dürfte aber sehr schwierig sich gestalten in Betrieben, wo die Waren einer fortlaufenden Verarbeitung unterliegen und diese hierdurch wieder in das Eigentum des Schuldners fallen (§ 950 B.G.B.). Hier wäre eine kurzfristig sich wiederholende Eigentumsübertragung notwendig. Aber die hierdurch entstehende große Belastung hat in der Praxis dazu geführt, die Weiterverarbeitung zu erlauben, aber die Veräußerungsbefugnis auszuschließen. Der Schuldner muß dann regelmäßig am Wochenende um Freigabe bestimmter Posten nachsuchen und dafür andere Waren übereignen. Durch die einlaufenden Bestandsmeldungen wird dann eine gute Kontrolle gesichert.

Nach Behandlung der Frage der Sicherungsübereignung von Warenlagern gehen wir nunmehr zu der Frage des Verstoßes der Sicherungsübereignung gegen die guten Sitten über.

b) Der Verstoß gegen die guten Sitten.

Im Wesen der Sicherungsübereignung, deren Bedeutung durch die Notwendigkeit bedingt ist, die unentbehrlichen Güter des Wirtschaftslebens der Kreditaufnahme dienstbar zu machen, liegt es, daß ihre mißbräuchliche Anwendung sie zum Uebel macht; denn das notwendige Verbleiben der Sicherungsgüter beim Schuldner gibt ihm den Schein der Kreditwürdigkeit, sodaß dritte Kreditgeber Gefahr laufen, geschädigt zu werden.

Das Reichsgericht hat darum in einer strengen Rechtsprechung dem Anwendungsgebiet der Sicherungsübereignung eine Grenze gezogen durch den § 826 B.G.B., welcher denjenigen schadensersatzpflichtig macht, der „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt." Das Reichsgericht sieht als Verstoß gegen die guten Sitten vor allem die Geheimhaltung der durch die Sicherungsübereignung eingetretenen Vermögensveränderung an. (Vgl. Gruch. 62 S. 87; 58 S. 826; E. 77 S. 210; Gruch. 60 S. 487; Jur.W. 1917 S. 217.) Ferner erblickt es in der Uebertragung sämtlicher gegenwärtiger und zukünftiger Aktiva (Jur.W. 1917 S. 217; E. 85 S. 345), in der Sicherung nur für entstandene Schulden (Jur.W. 1917 S. 219), in der übermäßigen und unwürdigen Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Schuldners ohne Ausgleichsversuch der beiderseitigen Interessen (Recht 1915, Nr. 436) Verstöße gegen die guten Sitten. Hinsichtlich des subjektiven Erfordernisses im § 826 hält das Reichsgericht für ge-

nügend, wenn die Möglichkeit einer schädigenden Wirkung vorausgesehen sei oder hätte vorausgesehen werden müssen. (Jur.W. 1911, S. 324.) Es braucht keine Täuschungsabsicht vorzuliegen, es kann wirkliche Sanierung beabsichtigt gewesen sein, nur die Irreführung Dritter braucht vorzuliegen. (E. 85, S. 345.)

Diese Reichsgerichtsauffassungen sind in der Literatur auf Widerspruch gestoßen. Wir wollen darum im folgenden die Grenzziehung des Reichsgerichts einer Prüfung unterziehen.

§ 826 B.G.B. hat durch den Begriff der „guten Sitten" ein Erfordernis aufgestellt, welches infolge seiner wesentlich ethischen Natur ein durch den Verstand für alle Fälle genau berechnete Grenzlinie unmöglich macht. Die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, muß darum in jedem Fall besonders geprüft werden. (R.G. E. 85, S. 345.) Hier kann es sich nur darum handeln, einen ungefähren Maßstab zu gewinnen, der jeweils nach den Besonderheiten des Falles unter Anwendung der aufgestellten allgemeinen Gesichtspunkte die Grenzlinie der Gültigkeit bzw. der Ungültigkeit der Sicherungsübereignung gibt.

Herrschende Ansicht ist, daß unter dem Begriff der guten Sitten Sittlichkeit und Moral zu verstehen ist. Was nach dem sittlichen Bewußtsein des Volkes für verwerflich gehalten wird, ist gegen die guten Sitten gerichtet. Da aber die Sicherungsübereignung eine Form ist, welche hauptsächlich im Handelsverkehr vorkommt, so ist die Beurteilung der sittlichen Anschauung der Handelskreise maßgebend. (Planck Dt. Jur.-Ztg. 1907, S. 7 ff.) Die Frage ist also die: wie benimmt sich der ehrbare Kaufmann im Geschäftsverkehr des Handelslebens? Diese Frage muß jedoch genauer auf unsere Untersuchung präzisiert werden; denn der Umgang des ehrbaren Kaufmanns erleidet eine gewisse Wendung durch den Zwang der Zahlungsschwierigkeit. Diese ist der — in den meisten Fällen wohl unverschuldete — Beweggrund für die Handlungen des Geschäftsmannes. Unter dem Druck dieser Notlage wird nun der ehrbare Geschäftsmann die Schulden an seine Gläubiger zu begleichen suchen. Dies kann er nur unter Opferung seiner Güter im Konkurs oder durch Aufnahme neuer Kredite im Wege der Sicherungsübereignung. Die Frage heißt darum genauer: was tut der in Zahlungsschwierigkeiten geratene ehrbare Geschäftsmann?

Mit dieser Frage ist gleichzeitig die Zweckfrage aufgeworfen. Der Zweck richtet sich in Bezug auf die Gläubiger auf deren Befriedigung. Es ist aber nun einmal eine Selbstverständlichkeit, daß der ehrbare Kaufmann nicht nur Altruist ist, sondern auch auf seinen berechtigten Vorteil bedacht ist. Er wird es darum zunächst versuchen, den Konkurs zu vermeiden und den Sanierungsversuch durch Aufnahme von Krediten mit Hilfe der Sicherungsübereignung zu wagen, welcher ihm und allen Gläubigern Befriedigung verschaffen kann. Bei jedem Sanierungsversuch taucht aber die Frage

auf: wird er glücken oder nicht? In den meisten Fällen ist diese Frage vorher nicht zu entscheiden, da die Konjunkturverhältnisse, die persönliche Eignung des Unternehmers und andere vorher nicht bestimmbare Faktoren entscheidend eingreifen können. Soll nun vom Standpunkt der Ehrbarkeit dem Geschäftsmann das Recht zum Sanierungsversuch abgesprochen werden lediglich deshalb, weil er ein Risiko bedeutet? Dies kann aus 2 Gründen nicht gebilligt werden.

Denn 1. würde es eine vernichtende Waffe bedeuten gegen den unternehmenden Geist des Handelslebens, in dem das Risiko nun einmal die Hauptrolle spielt. „Wer nicht wagt, der nicht gewinnt!" ist das täglich im Wirtschaftsleben angewandte Sprichwort.

Zum 2. aber fließen durch die Kreditgewährung neue Aktiva in Form von Geldern in derselben Höhe in das Geschäftsunternehmen ein, wie Werte, deren Geldwert auf Versteigerungspreise angesetzt sind, herauskommen. Der Konkurswert des Unternehmens ändert sich also nicht und damit nicht die vorher bestandene Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger. (Vgl. Heinsheimer S. 126.)

Somit muß das Recht zum Sanierungsversuch, selbst auf die Gefahr des Mißglückens hin, anerkannt werden. Damit ist gleichzeitig ausgesprochen, daß das Mißglücken keinen Verstoß gegen die guten Sitten bedeutet.

Erkennen wir aber das Recht des Geschäftsmannes an, den Versuch zur Sanierung seines Unternehmens im Wege der Sicherungsübereignung zu wagen, so müssen wir ihm auch zugestehen, daß er ein unbedingtes Erfordernis, welches zur Sanierung zu führen verspricht, gebrauchen darf.

Es ist nämlich erforderlich, daß die Uebereignung der Sicherungsobjekte den Gläubigern und damit der Geschäftswelt verborgen bleibt. (Fischer S. 103 ff.; Ackermann S. 101; Geiler S. 193.) Dies bedeutet nicht in erster Linie eine „Irreführung" dritter Gläubiger, sondern die Vermeidung des Vertrauensverlustes der Wirtschaftskreise (Ackermann S. 101). Durch die Geheimhaltung soll keine Schädigung Dritter, sondern die Sanierung und damit gerade deren Befriedigung herbeigeführt werden. Wollte man, was das Reichsgericht tut, eine Offenkundigmachung der Uebereignung fordern, so hieße dies, dem Schuldner zwar das Recht zum Sanierungsversuch zugestehen, ihm aber die tatsächliche Ausführung sehr erschweren.

Die Verheimlichung allein ist noch kein Grund, in ihr die Ursache für die unsittliche Schadenszufügung gegenüber dritten Gläubigern zu erblicken. Nur in Verbindung mit anderen, von der Seite des Sicherungsnehmers ausgehenden Momenten kann sie eine unsittliche Schadenszufügung bedeuten. Das führt uns zunächst einmal zu der Frage: welche Pflichten und Rechte — wieder vom Standpunkt der Ehrbarkeit aus — sind dem Sicherungsnehmer zuzumuten bzw. zuzugestehen?

Zunächst ist von dem Sicherungsnehmer dem Sanierungszweck entsprechend die ernstliche Absicht zu fordern, dem Unternehmer aufzuhelfen. Da die Sanierung der Wiedererwerb der wirtschaftlichen Selbständigkeit bedeutet, so ist als Beweis ernsthafter Sanierungsabsicht anzusehen, daß der Neuerwerb von Aktiven zu freier Verfügung des Unternehmers im steigenden Maße, dem Umfang des Unternehmens entsprechend, möglich gemacht wird. Daraus ergibt sich, daß die Uebereignung sämtlicher oder der wesentlichen gegenwärtigen und zukünftigen Aktiva ohne Möglichkeit des Erwerbs von wesentlichen Aktiven zu eigener Verfügung einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeutet sowohl in Bezug auf den Schuldner, welcher damit zu einer wirtschaftlich dauernden Unselbständigkeit herabsinkt, als auch in Bezug auf die anderen Gläubiger, deren Befriedigung ausgeschlossen wird. Dagegen ist kein Verstoß gegen die guten Sitten vorhanden, wenn sämtliche gegenwärtigen und ein Teil der zukünftigen Aktiva übereignet werden, leztere jedoch in wesentlich steigendem Maße zu freien Aktiven des Unternehmens werden; denn damit ist die Möglichkeit des Wiedererwerbs der wirtschaftlichen Selbständigkeit und der Befriedigung der übrigen Gläubiger ermöglicht. Es ist aber auch stets zu fordern, daß für die Sicherungsobjekte neuer Kredit in das Unternehmen fließt. Lediglich für alte Schulden sich zu sichern, bedeutet keine „Sanierung", sondern nur eine den Konkursweg umgehende unsittliche Handlung. Als Maßstab für die Beurteilung der ernstlichen Sanierungsabsicht ist also die wirkliche Hilfe erforderlich, d. h., wie aus dem Gesagten hervorgeht, neue Kreditgewährung mit der Ermöglichung des baldigen Wiedererwerbs der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Unternehmers. Liegt diese ernstliche Sanierungsabsicht vor, dann kann auch nicht auf einen Schädigungswillen geschlossen werden; denn man will ja „sanieren" und nicht schädigen. Schon bei Vorliegen der ernstlichen Sanierungsabsicht kann § 826 nicht angewandt werden, auch wenn man in dem Verheimlichen der Uebereignung einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken sollte; denn nur bei beiden Voraussetzungen trifft die Schadensersatzpflicht des § 826 den Schädigenden.

Für die gewährten Kredite ist dem Sicherungsnehmer das Recht zur vollen Deckung zuzugestehen. Volle Deckung bedeutet, wie schon oben erwähnt, daß die Rückzahlung der Kreditgelder mit Zinsen durch die Uebereignung der zum Versteigerungswert angesetzten Aktiva garantiert wird. Dies bedeutet keine Schädigung dritter Gläubiger, wie oben auch gesagt, da Aktiva in der gleichen Höhe wieder in den Betrieb fließen. Da diese Aktiva Sanierungszwecken dienen sollen, müssen sie die Rückzahlung der Schulden sowie den Erwerb neuer freier Aktiva ermöglichen. Damit ist ein allgemeiner Gesichtspunkt für die Grenzlinie der Deckung angegeben.

Der Deckung entspricht die Kontrolle, da die Sicherungsobjekte im Besitz des Unternehmers bleiben. Diese Kontrolle ist aus zwei Gründen zu billigen.

Einmal ist es für den Kreditgeber sicherungshalber unbedingt erforderlich, darauf zu achten, daß die Sicherungsobjekte nicht etwa durch irgendwelche Machenschaften des Schuldners ihren Herrn wechseln, sowie durch eine gute Kontrolle den Gang der Sanierungsaktion zu verfolgen und für die rechtzeitige Abwicklung der geschuldeten Beträge zu sorgen.

Zum andern kann es auch für den Schuldner von Vorteil sein, die durch die Kontrolle des Geldgebers, welcher meistens Erfahrungen in Sanierungen besitzt, bedingte Mithilfe zu haben.

Aus diesen Billigungsgründen ist der Maßstab zu entnehmen, wie weit der Sicherungsnehmer in die wirtschaftliche Betätigung des Schuldners eingreifen darf. Die Kontrolle soll und muß eine genaue Beobachtung der Sanierungsaktion darstellen, um die baldmöglichste Rückzahlung der Kreditgelder und damit den Erwerb freier Aktiven zu ermöglichen. Dabei ist darauf zu achten, daß der Erwerb freier Aktiven gleichzeitig mit der Rückzahlung einsetzt. Die wirtschaftliche Beengung des Schuldners durch die Kontrolle muß also einerseits soweit greifen, um die Schuldenrückzahlung zu ermöglichen, anderseits soviel Freiheit lassen, um den Erwerb freier Aktiven im steigenden Maße zu ermöglichen. In diesem Sinne wirkt die wirtschaftliche Beengung nicht unwürdig und damit nicht unsittlich; denn sie hilft gleichzeitig zur Schuldenbereinigung und Aufbauung, d. h. sie dient dem Sanierungszweck.

Somit einschränkend durch volle Deckung und volle Kontrolle, jedoch freilassend für den wirklichen Aufbau des Unternehmens, wirkt die wirtschaftliche Betätigung des Sicherungsnehmers gegenüber dem Schuldner in keiner Weise unsittlich; denn vom Standpunkt der Billigkeit und Ehrbarkeit aus mußten wir die erwähnten Pflichten und Rechte zugestehen.

Wenn wir die oben aufgeworfene Frage der Verheimlichung der Sicherungsübereignung unter diesen aufgestellten Erfordernissen und Zugeständnissen betrachten, dann sehen wir, daß sie keinen unsittlichen Charakter trägt. Lassen wir aber diese Richtlinien außer Betracht, dann kann sie schädlich und unsittlich wirken. Dies geht aus folgendem hervor, indem wir zweckmäßiger Weise die Sicherungsübereignung vom Standpunkt der dritten Gläubiger aus betrachten und die Frage aufwerfen: womit muß der Geschäftsmann im Handelsverkehr rechnen?

Das selbständige Auftreten eines Kaufmannes, d. h. im eigenen Namen und für eigene Rechnung Verträge abschließen, muß den im Handelsverkehr stehenden Geschäftsmann zu der berechtigten Annahme führen, daß sein Gegenkontrahent wirtschaftlich selbständig

ist, d. h. daß dessen Geschäft Aktiven und Passiven hat. Das Verhältnis der Aktiva zu den Passiva ist stets ungewiß. Mit dem Ueberwiegen der Passiva muß er rechnen. Gewährt er ihm ohne Sicherheitsleistung Kredit, so kann dieses Vertrauen enttäuscht werden, womit er ebenfalls rechnen muß. Aus der Tatsache, daß sein Gegenkontrahent mit der Konkursanmeldung sein Vertrauen enttäuscht, kann allein keine Unsittlichkeit hergeleitet werden; denn im normalen Geschäftsverkehr muß mit dem unverschuldeten Zusammenbruch eines Unternehmens gerechnet werden. Der unsittliche Charakter kann aber dann hervortreten, wenn der Konkursschuldner vorher einen seiner Gläubiger für alte Schulden mit Hilfe der Sicherungsübereignung begünstigt und trotz der Aussichtslosigkeit einer Zahlungsmöglichkeit das Vertrauen seines Lieferanten durch die Verheimlichung der Uebereignung mißbraucht; denn dann ist keine Konkursmasse vorhanden, womit der Geschäftsverkehr nicht rechnen konnte. Anders, wenn zwar mit einem bestimmten Gläubiger eine Sicherungsübereignung abgeschlossen ist, dieser aber neue Gelder in das Unternehmen gegeben hat. Zwar ist auch hier ein Schein vorhanden, nämlich derjenige, welcher darauf schließen läßt, daß die Sicherungsobjekte Eigentum des Sicherungsgebers sind, aber dieser Schein bedeutet keinen Vertrauensmißbrauch, da ein Aequivalent an Stelle der aus dem Eigentum ausgetretenen Sicherungsobjekte als gleich hohes Aktivum die Befriedigungsmöglichkeit der dritten Gläubiger offen läßt. Hier wird ein normaler Konkurs eröffnet. Aus diesem Grunde ist es auch gleichgültig, wenn der Sanierungsversuch mißglückt war. Dem Konkursgläubiger kann es in diesem Fall gleichgültig sein, ob er durch den Schein irregeführt war, aber dennoch normal, d. h. mit der vor der Sicherungsübereignung bestandenen Befriedigungsmöglichkeit befriedigt wurde; darum spielt in Wahrheit die Verheimlichung bei einer ernsthaften Sanierungstätigkeit keine so entscheidende Rolle.

Bestimmend für den sittlichen Charakter der Handlung ist also der ernstliche Sanierungsversuch, sowohl gegenüber dem Schuldner, als auch gegenüber dritten Gläubigern. Jener erhält, nur beengt durch die dem Geldgeber billigerweise zuzugestehenden Rechte der Deckung und Kontrolle, die Möglichkeit, seine wirtschaftliche Selbständigkeit wiederzuerlangen, diesen wird die Befriedigungsmöglichkeit durch den infolge der Sicherungsübereignung hervorgehobenen Schein des unbelasteten Eigentums nicht genommen und damit durch die Verheimlichung der Sicherungsübereignung kein Schade zugefügt.

Wir haben damit die Grenzlinie für die gültige Anwendbarkeit der Sicherungsübereignung gewonnen. Das Entscheidende ist die Betätigung der ernstlichen Sanierungsabsicht. (Ackermann a. a. O.; Fischer S. 103; Heinsheimer S. 125 ff.) Mehr darf nicht gefordert werden.

Nach dem Gesagten muß dem Reichsgericht insofern beigepflichtet werden, als die Uebertragung sämtlicher gegenwärtiger und zukünftiger Aktiva ohne Möglichkeit des Erwerbs von freien Aktiven, die Sicherung nur für entstandene Schulden, die übermäßige und unwürdige Beschränkung ohne Ausgleichsversuch der beiderseitigen Interessen Verstöße gegen die guten Sitten bedeuten. Es kann dagegen kein Verstoß lediglich deshalb erblickt werden, weil die Sicherungsübereignung verheimlicht wird. Nur die Verheimlichung ohne Sanierungsabsicht bildet einen Verstoß gegen die guten Sitten. Hinsichtlich des subjektiven Erfordernisses des § 826 muß gesagt werden, daß die Verheimlichung keinen persönlichen Schuldgrund darstellt, sondern das unbedingte Erfordernis des dem in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Geschäftsmanne billigerweise zugestandenen Sanierungsrechts. Es kann somit von keiner „Irreführung" Dritter gesprochen werden, welche dem Sicherungsgeber als vorsätzliche Schadenszufügung angerechnet werden kann. Daß das Reichsgericht die Möglichkeit einer Schadenszufügung als ausreichend ansieht, dürfte ebenso unbillig wie unrichtig sein. Unbillig aus dem Grunde, weil im Handelsverkehr durch den Konkurrenzkampf Schadenszufügungen in vorsätzlicher Weise geschehen, ohne daß das Reichsgericht diese nach § 826 ersatzpflichtig erklärt, und ferner die Zumutung, nicht zu sanieren lediglich des Risikos wegen, aus dem angegebenen Grunde nicht zu billigen ist (vgl. Fischer a. a. O.); unrichtig deshalb, weil der Vorsatzbegriff des § 826 höchstens den dolus eventualis zuläßt, (vgl. Enneccerus I, 2 S. 657 Anm. 6 mit Lit.), den aber der Sicherungsgeber und -nehmer bei ernstlicher Sanierung gar nicht haben; denn einmal würde kein Geldgeber Kredit geben, wenn er sehen würde, daß möglicherweise andere Gläubiger geschädigt werden und er deshalb ersatzpflichtig gemacht würde, zum andern will kein Sicherungsgeber, welcher ernstlich saniert, andere Gläubiger schädigen, auch wenn sich dies eventuell nicht vermeiden ließe — was aber meistens erst später erkannt werden kann! —, sondern er will „sanieren" und damit auch andere Gläubiger befriedigen. Das Reichsgericht hat auf die Sanierungsabsicht keinen Wert gelegt. Gerade sie ist aber m. E. das Entscheidende; denn nur sie gibt die richtige Grenze zwischen Mißbrauch und Anwendbarkeit der Sicherungsübereignung an.

C. Schluss.

Zur Reformfrage.

Wir haben gesehen, wie umstritten das heutige Rechtsleben der Sicherungsübereignung ist, wie sie viel Gutes gebracht, aber auch Schaden zu stiften geeignet ist. Ihr gesetzloses Dasein, welches sie heute führt und das nur durch eine ziemlich konstante höchstrichterliche Rechtsprechung eine feste Gestalt gewonnen hat, verlangt in unseren wirtschaftlich angespannten Zeiten zu einer legitimen Anerkennung. Eine gesetzliche Regelung aber bringt gleichzeitig den Reformgedanken mit sich. Nur ein Gesetz mit einer besseren Gestaltung des Mobiliarkreditrechts darf an Stelle der seit einem halben Jahrhundert in unserem Wirtschaftsleben wurzelnden Sicherungsübereignung treten.

Die Reformvorschläge sind, man kann sagen, seit dem Entstehen der Sicherungsübereignung bis auf den heutigen Tag nicht verhallt. In neuerer Zeit haben sich besonders die beiden letzten Deutschen Juristentage mit dem Gedanken einer Neuregelung eingehend beschäftigt. Während sich der 31. Dt. J.-T. zu einer Neuregelung des Mobiliarkreditrechts noch ablehnend verhielt, beschloß der 32. die Einführung der Mobiliarhypothek mit Registerzwang neben der Sicherungsübereignung zu empfehlen.

Die Reformfrage ist reif geworden. Zu ihr Stellung zu nehmen, bedeutet aber 2 Fragen zu beantworten:

1. Wird die Sicherungsübereignung in ihrer heutigen Gestalt dem Wirtschaftsleben nicht gerecht? Und wenn nein,

2. Was kann Besseres an ihre Stelle treten?

Zunächst zur ersten Frage.

Alle Bedenken gegen die Sicherungsübereignung entspringen im Grunde nur einer Ursache: der des Mangels der Offenkundigkeit gegenüber dritten Personen. Würden diese sehen können, daß bei ihrem Schuldner schon eine Sicherungsübereignung zugunsten eines Kreditgebers abgeschlossen ist, es würde kein Schade auf ihrer Seite hierdurch entstehen. Aber die Klagen aus dem Wirtschaftsleben stammen hauptsächlich von dritten Gläubigern, welche durch eine Sicherungsübereignung geschädigt worden sind.

Die Entstehung eines Schadens durch ein Rechtsinstitut kann nun aus zwei Gründen stammen: 1. kann der Schade die Folge des Rechtsinstituts selbst sein, sodaß also gerade die Natur des Rechtsinstituts selbst die Ursache für die Schadenszufügung bildet. Oder aber 2. nur die falsche, mißbräuchliche Anwendung eines an und für sich gesunden Rechtsinstituts die Schadensverursachung sein. Ackermann (S. 180) steht auf dem Standpunkt, daß im Grunde genommen die Sicherungsübereignung ein dem Verkehr nützliches Rechtsinstitut darstellt, welches aber eben nur durch die falsche Anwendung — indem „der Hauptgläubiger sich heimlich durch Sicherungsübereignung deckt, den Schuldner solange über Wasser hält, bis die Sicherungsübereignung unanfechtbar geworden ist und dann den Hauptteil der Masse wegnimmt" —, hervorgerufen durch eine gewissenlose Spekulationssucht" und „leichtsinnige Kreditgewährung" (S. 153), einen guten Ruf nicht hat begründen können.

Es muß Ackermann recht gegeben werden, daß die Sicherungsübereignung im Grunde ein Rechtsinstitut darstellt, welches einen gesunden Kern enthält. Dies hat die Entwicklung der Sicherungsübereignung von ihrer ersten Hilfe gegenüber dem gewerblichen Mittelstande bis zu ihrer weltwirtschaftlichen Bedeutung zur Genüge bewiesen. Mit Geiler (S. 188) kann gesagt werden, daß, wenn „es sich bei ihrer Anwendung in der Hauptsache nur um unreelle Machenschaften, um Schiebungen und Verschleierungen gehandelt hätte, niemals die Sicherungsübereignung auch im reellen wirtschaftlichen Verkehr so festen Fuß hätte fassen können und niemals auch von der Rechtsprechung schließlich so einheitlich anerkannt worden wäre". Wir müßten logischerweise, wollten wir das Uebel im Kern der Sicherungsübereignung selbst suchen, den gesunden Sinn unseres Wirtschaftslebens und unserer Rechtsprechung anzweifeln. Gewiß gibt es Stimmen, sowohl im Wirtschaftsleben als auch in der Rechtspraxis, die einander widersprechen. Aber was bedeutet der Streit von 50 Jahren, wenn man heute noch zäh an der Sicherungsübereignung festhält, wenn man in der Wirtschaft heute die Sicherungsübereignung im größten Maßstab abschließt? Doch im letzten Grunde nur einen Ruf nach gesetzlicher Regelung der schon praktisch anerkannten Sicherungsübereignung, der im Beschluß des Dt. J.-Tages von 1922 feste Form gewann. Zwar verständigte man sich auf diesem Juristentag dahin, daß auch die Mobiliarhypothek mit Registerzwang eingeführt werden und die Sicherungsübereignung nur für den Privaten und Kleingewerblichen Anwendung finden soll (Geiler, Recht u. Wirtsch. 1922, S. 26.) Aber dieser Beschluß richtet sich nicht gegen die Sicherungsübereignung selbst, sondern nur gegen ihr Anwendungsbereich!

Verdient nun die Sicherungsübereignung diese Einschränkung?

Oben war gesagt, daß alle Bedenken gegen die Sicherungsübereignung nur in der Unersichtlichkeit derselben ihre Ursache haben.

Aber die Unersichtlichkeit kann an und für sich keinen Grund für die Verurteilung dieses Rechtsinstituts bilden; denn sehen wir nur in das Gesetz: wer sieht dem Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Kommissionär an, daß sie nicht Eigentümer sind? Wer sieht dies dem Nießbraucher, dem Pfandgläubiger an? Die §§ 455, 930 B.G.B. schaffen ferner im Wirtschaftsleben unzählige Rechtsverhältnisse, die unersichtlich sind. Man kann sich also nicht unbedingt auf den Schein verlassen. Dem Geschäftsmann muß also Vorsicht zur Pflicht gemacht werden. Er muß sich vor Geschäftsabschlüssen über die Vermögenslage des andern möglichst genau orientieren. Diese Forderung aber muß ihre Grenze finden, sie muß dem Geschäftsmann ein Vertrauen gestatten, bei dessen Täuschung der Täuschende die Folgen auf sich zu nehmen hat. Die Vertrauensgrenze liegt in der oben beantworteten Frage: womit muß der Geschäftsmann im Handelsverkehr rechnen? Er muß, wie schon gesagt, zwar damit rechnen, daß sein Gegenkontrahent nicht Eigentümer dieses oder jenes Gegenstandes ist, er kann aber nicht damit rechnen, daß er kein einziges Besitzobjekt sein eigen nennt.. Also die Unersichtlichkeit wächst zu einer Gefahr für den redlichen Verkehr, wenn sie die gesamte Vermögenslage verschleiert, wenn eine Sicherungsübereignung abgeschlossen ist, infolge der das gesamte Eigentum des Schuldners auf den Gläubiger übergegangen ist, ohne daß neue Aktiven dafür eingegangen sind. Damit berühren wir das Gebiet der Sicherungsübereignung von Warenlagern. Welcher gesetzlichen Vorschriften kann sich nun der durch den Mangel der Offenkundigkeit der Sicherungsübereignung von Warenlagern geschädigte Dritte nach heutigem Recht bedienen?

Ob er § 419 B.G.B. (vgl. Asch S. 66) anwenden kann, ist bestritten; denn dieser fordert die Uebernahme des gesamten Vermögens (R.G. 76 S. 1; 80 S. 277; 85 S. 168), wenn auch unwesentliche Vermögensstücke beim Uebertragenden zurückbleiben können. Der Sicherungsgeber aber behält den Anspruch auf Rückgewähr und überträgt nach Weißler (S. 546) somit nicht den Hauptteil seines Vermögens. Aber wenn man sich auch nicht dieser Ansicht anschließt, so bleibt es noch immer fraglich, ob die Form des § 311 B.G.B. gewahrt sein muß, und auch diese Frage ist bestritten (Achilles zu § 419 Anm. 1), da der § 311 nur einen schuldrechtlichen Vertrag, der § 419 eine dingliche Uebereignung im Auge habe. Endlich ist zu berücksichtigen, daß in den weitaus meisten Fällen der Sicherungsgeber nicht sein gesamtes Vermögen, sondern höchstens einen Komplex aus seinem Vermögen überträgt. (Ackermann S. 173; Salinger S. 451.)

Gegen die Anwendung der entsprechenden rechtlichen Vorschrift des § 25 H.G.B. spricht, daß nicht der Gläubiger, falls er ein Handelsgeschäft zur Sicherung erhält, dieses „fortführt", sondern der

Schuldner noch als Inhaber des Geschäfts im eigenen Namen und für eigene Rechnung Geschäfte abschließt, also das Geschäft weiterführt. (Dagegen auch R.G. in Jur.W. 1912, S. 26.)

Eine Anfechtung nach § 31 K.O. oder § 3 Anf.Ges. ist schwerlich möglich, da der Beweis der Benachteiligungsabsicht meist nicht zu erbringen sein wird. Aus demselben Grunde wird auch eine Bestrafung des Schuldners wegen Betrugs aus § 263 Str.G.B. (vgl. oben) schwerlich möglich sein.

Jedoch kann der dritte Gläubiger evtl. aus § 119 II, B.G.B. anfechten, da er sich „über solche Eigenschaften der Person" geirrt hat, „die im Verkehr als wesentlich angesehen werden". (R.G. 66, 385; Jur.W. 1912, S 26.) Als eine solche Eigenschaft wird vom Reichsgericht die Kreditwürdigkeit angesehen. Allerdings ist hier Voraussetzung, daß der Schuldner seine Kreditwürdigkeit durch Uebereignung seiner wesentlichen Aktiva eingebüßt hat. Infolgedessen wird eine Anfechtung aus § 119 II da nicht Platz greifen können, wo neue wesentliche Aktiva investiert sind, vielmehr nur die Fälle treffen können, wo ein Schuldner seinen Gläubiger nur für alte Schulden gesichert hat. Hier aber kann er auch aus § 826 Schadensersatz verlangen.

Ein eventueller Mehrwert der Objekte ist für den Dritten jedoch unerreichbar, da der Gläubiger Eigentümer ist. Höchstens kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Eigentums pfänden und öffentlich verkaufen lassen (Melchior S. 209), was ihm aber keinen nennenswerten Erlös einbringen dürfte, oder er pfändet den Anspruch des Schuldners auf Ueberlassung des Gebrauchs (Rehbein, S. 605) bzw. des Verbrauchs. Jedoch wird hier die Realisierung der Befriedigung daran scheitern, daß der Gläubiger gemäß § 985 B.G.B. die Herausgabe der Objekte verlangen wird.

Hinsichtlich der Frage der Rechtsstellung der Sicherungsparteien ergeben sich folgende Bedenken:

Zunächst kann die Forderung des Reichsgerichts, die Sicherungsübereignung stets offenkundig zu machen, also selbst bei ehrlichster Geschäftstätigkeit eine für den Schuldner harte und ungerechte Zumutung sein; hart insofern, als es dem Schuldner dadurch sehr erschwert wird, sein Geschäft zu sanieren, und ungerecht deshalb, weil, wie wir oben gesehen haben, dem Schuldner zwar das Recht zur Sanierung nicht abgestritten werden kann, aber ihm das unbedingte Erfordernis hierzu genommen wird.

Auf Gläubigerseite erregt die Auslegung und Anwendung des § 826 durch das Reichsgericht berechtigte Unzufriedenheit; denn „schneidet der Gläubiger dem Schuldner weiteren Kredit ab, so haftet er mit Rücksicht auf frühere Verträge den übrigen Gläubigern aus § 826. Dem entrinnt er aber auch nicht, wenn er weiterhin un-

gedeckten Kredit gibt, da die wirtschaftliche Abhängigkeit des Schuldners bestehen bleibt. Dem Gläubiger bleibt also, wenn er einer Verurteilung aus § 826 aus dem Wege gehen will, nichts weiter übrig, als sämtliche Verbindlichkeiten des Schuldners zu übernehmen". (Fischer S. 103 ff.) Hinzu kommt daß die Auslegung des Vorsatzbegriffs des § 826 durch das Reichsgericht eine Ungerechtigkeit bedeuten kann, da nämlich jedem Sicherungsgläubiger ohne weiteres ein Schädigungsbewußtsein unterstellt werden kann.

Hinsichtlich der Rechtsstellung der Sicherungsparteien in Konkurs und Zwangsvollstreckung muß gesagt werden, daß infolge der gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung die Rechtsverhältnisse nicht dem Eigentumsrecht entsprechend konsequent sind, vielmehr dem bloßen Sicherungscharakter Rechnung tragen. Diese hierin zum Ausdruck kommende Betonung der Pfandnatur der Sicherungsübereignung, ferner die Anwendung eigentumsrechtlicher Folgerungen, z. B. hinsichtlich der Verwertung der Sicherungsobjekte, der Unabhängigkeit der Sicherungsübereignung von der Forderung, bringt eine Vermischung von Pfandrechtssätzen mit Eigentumsfolgerungen, was natürlich zu Streitfragen in der Literatur führen mußte.

Ob man aus dieser Rechtsunklarheit aber mit Melchior (S. 214) eine so ernste Gefahr, besonders hinsichtlich der benötigten Auslandskredite erblicken muß, glaube ich nicht; denn seit der Rede Melchiors sind wir durch die schlimmsten Wirtschaftskrisen gegangen, und es ist noch kein Mißtrauen im Ausland wach geworden, im Gegenteil: die Sicherungsübereignungen haben ständig zugenommen (vgl. oben), was nur beweisen kann, daß man zu ihr Vertrauen hat. Zu vergessen ist auch nicht, daß die rechtliche Struktur der Sicherungsübereignung durch die Rechtsprechung doch in ihren Hauptfragen feste Gestalt gewonnen hat, und wenn auch einige Fragen noch nicht höchstrichterlich entschieden worden sind, so beweist dies zum mindesten, daß sie nicht die Bedeutung haben, welche Melchior ihnen scheinbar zulegt, anderseits aber würde eine kommende Gesetzgebung alle Streitfragen lösen und damit die rechtlichen Grundlinien ein für allemal festlegen.

Es soll jedoch auch gesagt sein, daß die Unklarheit hinsichtlich der rechtlichen Natur der Sicherungsübereignung keineswegs dazu angetan ist, gänzlich für die Sicherungsübereignung in ihrer heutigen Gestalt eingenommen zu sein. Vielmehr ist es wünschenswert, wenn eine gesetzliche Regelung die erwähnten Bedenken beseitigt. Ob man aber nun mit der Forderung einer gesetzlichen Regelung die Beseitigung der Bedenken darin sieht, daß man die Sicherungsübereignung auf ein kleines Anwendungsgebiet beschränkt, das ist eine Frage, deren Antwort davon abhängig ist, ob man nach der oben aufgestellten 2. Frage etwas Besseres an ihre von ihr heute eingenommene Stelle setzen kann.

Man hat hauptsächlich an die Mobiliarhypothek gedacht (Beschluß des 32. Dt. Jur.-Tages). Mit ihrer Einführung würde allerdings nicht die Quelle der Sicherungsübereignungsschäden verstopft werden; denn auch sie schafft Unersichtlichkeit. Allerdings könnten dritte Gläubiger die durch eine frühere Mobiliarhypothek belasteten Gegenstände pfänden, aber mit der entsprechenden Wirkung des § 1232 B.G.B., daß der Vorrang des früheren Pfandgläubigers gewahrt bleibt. Hier würde allenfalls also die Befriedigung sich auf den Mehrwert der Sicherungsobjekte erstrecken. Die Ausnutzung des Mehrwertes ist durch die Sicherungsübereignung nicht möglich, da der Fiduziar Eigentümer der Sicherungsgegenstände ist und dritte Gläubiger von einer Verwertung derselben ausschließen kann (§ 903). Jedoch könnte nun eine kommende Gesetzgebung die Mehrwertausnutzung auch bei der Sicherungsübereignung möglich machen, indem sie den § 805 Z.P.O. auch auf die Sicherungsübereignung erstreckt. (Vgl. Hellwig, Gläubigernot S.31.) Ob man aber mit dieser Gesetzesänderung viel gewinnen würde, wenn man bedenkt, daß nach Wegnahme des Hauptwertes durch den gesicherten Gläubiger der übrige Teil des Erlöses an den bzw. die dritten Gläubiger fällt? Sicherlich würde man damit wohl nicht so sehr die Wünsche der dritten Gläubiger, welche berechtigter Weise eben dieselbe Befriedigung erstreben wie die des gesicherten Gläubigers, als vielmehr die des Schuldners erfüllen, welcher durch ein solches Recht noch mehr Kredit aufnehmen kann, als ihm sonst durch die Sicherungsübereignung möglich ist. Die Gefahren in dieser Hinsicht hat Geiler (S. 195) ausgeführt. Wenn man, wie oben geschehen, das Sanierungsmoment als ausschlaggebend ansieht, so kann damit sowohl Schuldner als auch dritten Gläubigern geholfen werden. Eine übermäßige Sicherung des Gläubigers ohne Investierung von Aktiven als Aequivalent fällt unter die Knebelungsverträge, welche das Reichsgericht einer scharfen Beurteilung unterzieht. Durch diese Reichsgerichtsrechtsprechung aber sind Dritte in einer Weise geschützt, daß man ihre rechtliche Stellung beinahe noch als Vorrecht gegenüber der des gesicherten Gläubigers bezeichnen könnte.

Wenn Melchior meint, daß (S. 210) die Rechtsprechung bei der Mobiliarhypothek dieselbe sein würde wie bei der Sicherungsübereignung, so hat er gewiß damit recht; aber man muß auch dabei bedenken, daß eine Rechtsprechung sich nicht von heute auf morgen umstellen kann. Das, was sich bei der rechtsprechenden Beurteilung der Sicherungsübereignung im Laufe der Jahrzehnte allmählich gestaltet hat, müßte ebenso gut auch erst bei der Mobiliarhypothek geschehen, wenn auch vielleicht in einem kürzeren Zeitraum. Wir dürfen hierbei nicht vergessen, daß wir in Zeiten leben, welche eine schnelle Kredithilfe fordern. Das, was bei der Sicherungsübereignung lange vor diesen Wirtschaftsnöten Gestalt gewonnen hat, kann heute nutzbringend verwandt werden. Neue Kreditformen

zu schaffen, hat nur Sinn, wenn diese auch dazu angetan sind, dem Kreditgeber, vor allem also dem ausländischen, wirkliche Sicherheit zu bieten. Bei der Sicherungsübereignung erhält der Geldgeber das Eigentum an den Sicherungsgegenständen und ist gegen eine untreue Handlung des Schuldners strafrechtlich geschützt. Dieser Schutz fehlt bei der Mobiliarhypothek. Hier hat der Gläubiger weder Eigentum noch Besitz. Das Erlöschen des Pfandrechts wäre leichter möglich gemacht wie bei der Sicherungsübereignung, wo sich der Schuldner wegen Unterschlagung strafbar machen würde. Ob bei der Schaffung eines strafrechtlichen Schutzes zugunsten des Mobiliarhypothekars auch dieselbe Wirkung wie bei der Sicherungsübereignung erzielt würde, glaube ich nicht ganz bejahen zu können; denn man muß bedenken, daß der Schuldner noch Eigentum hat und bei einer untreuen Verfügung nicht so das Strafwürdige der Handlung empfinden würde wie bei der Sicherungsübereignung, wo er weiß, die Sicherungsgegenstände gehören einem andern.

Wenn Melchior (S. 216) ferner die praktischen Schwierigkeiten der Rangfrage hinter die Kreditbedürftigkeit deutscher Unternehmer stellt, so halte ich dies für unrichtig; denn nachdem wir heute die Sicherungsübereignung haben, so daß jeder, welcher seine Kreditobjekte nicht entbehren kann, sich Kredit verschaffen kann, kommt es nicht so sehr auf die Schaffung von Kreditformen zugunsten des Kreditnehmers als vielmehr des Kreditgebers an. (Vgl. auch Lufft a. a. O.) Wir bekommen im Ausland nur dann Kredit, wenn wir wirkliche Sicherheiten bieten. Die Sicherungsübereignung aber verschafft dem Geldgeber Eigentum und Strafschutz. Bedeutend schwächer aber ist die Mobiliarhypothek: kein Eigentum und kein Strafschutz. Wird lezterer geschaffen, so ist meines Erachtens nicht dieselbe Wirkung damit erzielt.

Zusammenfassend soll gesagt sein: die Unklarheit der Rechtsverhältnisse bei der Sicherungsübereignung läßt sich und muß auf gesetzlichem Wege beseitigt werden. Eine gesetzliche Regelung müßte auch geschehen, wenn die Mobiliarhypothek eingeführt würde. Ob nun hierbei zum Teil Eigentumsregeln, zum Teil Pfandrechtssätze Beachtung finden würden, wäre m. E. zu dulden, wenn nur ein Sicherungsinstitut klaren Grundrisses geschaffen wird, welches einerseits dem Kreditgeber, vor allem dem ausländischen, eine wirkliche Sicherheit bietet, anderseits dritte gutgläubige Personen möglichst wenig gefährdet. Eine größere Sicherheit als die Sicherungsübereignung würde die Mobiliarhypothek nicht geben, und in Betreff der Gefährdung dritter Kreditgeber muß gesagt werden, daß es nicht genügt, wenn sich womöglich soundso viele Gläubiger in die Erlössumme teilen müssen, welche nach Wegnahme des Hauptteiles durch den gesicherten Gläubiger noch übrig bleibt. Ihnen wäre mehr gedient, wenn sie hätten sehen können, daß schon eine Verpfändung vorgenommen war. Hier müßte also Offensichtlichkeit

geschaffen werden. Diese Frage erhebt sich sowohl bei der Sicherungsübereignung wie bei der Mobiliarhypothek. In Betreff dieses Punktes hat letztere nichts der ersteren voraus. Gewiß aber würde sie dem Kreditnehmer mehr Rechte zur Kreditaufnahme geben als die Sicherungsübereignung, und ob dies wünschenswert sei, muß nach dem Gesagten bestritten werden. Ich bin der Meinung, daß wir in der Sicherungsübereignung ein Rechtsinstitut haben, welches der Kreditaufnahme nicht weniger dienlich ist als die Mobiliarhypothek es sein würde. Dies beweist vor allem auch ihre Anwendung in Handel und Industrie in den letzten Jahren. Bis jetzt aber ist noch kein Mißtrauen im Ausland wach geworden, und eine gesetzliche Regelung würde ein solches überhaupt unmöglich machen.

Demnach komme ich zu der Folgerung, daß die Sicherungsübereignung nicht die Einschränkung durch die Mobilarhypothek verdient. Hinsichtlich der Frage der gesetzlichen Verbesserung der Sicherungsübereignung aber ist zu der Frage der Offensichtlichkeit Stellung zu nehmen. Hier berühren wir die vielfach erörterte Frage der Registereintragung.

Eins muß dabei vorausgenommen werden: bringt ein zukünftiges Gesetz die Registerpflicht, so bringt es damit auch die Publizität der Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers. Oben war davon die Rede, daß bei einer Sanierung die Offensichtlichkeit der Uebereignung nicht wünschenswert ist. Hier muß man nun fragen, ob die Registereintragung eine derartige ist, daß sie aller Welt kund tut, wie es um die Vermögensverhältnisse des Schuldners steht oder ob sie nur dritte berechtigte Interessierte orientiert. Eine Registereintragung aber müßte nun jedem zugänglich gemacht werden, schon aus dem Grunde, weil dritte Interessierte Auskunfteien benutzen müssen. Ob dies auf Schuldnerseite Unzufriedenheit erregen würde, glaube ich, bejahen zu können. (Geiler S. 193.) Eine solche Registerpublizität aber würde eine Publikation bedeuten.

Weitere Bedenken richten sich gegen die Registereintragung im Hinblick auf die ungenügende Bestimmbarkeit der einzutragenden Gegenstände, den raschen Wechsel des Standorts, dem die Mobilien im Verkehr unterliegen, die Erschwerung des Geschäftsverkehrs (Geiler S. 191 ff.) und hinsichtlich der für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung vorzunehmenden Eintragung und der Notwendigkeit für den Dritten, das Register einzusehen, was Zeit in Anspruch nimmt.

Diese erwähnten Bedenken werden m. E. beseitigt, wenn man folgendem Vorschlag Beachtung schenkt.

Hinsichtlich der Frage der Offenkundigkeit wäre nach den oben angeführten Bedenken eine Registereintragung am besten zu verneinen, da sie die Schuldnerinteressen in ungerechter Weise gefährden würde. Man könnte nun dahingegen auf den im Interesse der

Kredithilfe zu billigenden Vorteil der Angleichung des deutschen Rechts an die verschiedenen ausländischen Rechte (Schweiz, Frankreich, England, Holland, Dänemark) hinweisen, aber lediglich dieses Umstandes wegen glaube ich eine Registereinführung nicht befürworten zu können; denn die Folge einer Interessenschädigung des Schuldners würde wohl kaum zu vermeiden sein, was immerhin auch Beachtung finden muß. Ich glaube nun, daß sich eine Registereintragung wohl empfehlen würde, wenn man die Registerführung lediglich als behördliches Kontrollmittel betrachtet und die Offensichtlichkeit dadurch schafft, daß man jeden, welcher Kredit aufnehmen will, verpflichtet, in ein Kreditbuch den Sicherungsübereignungsvertrag einzutragen. Diese Eintragung hätte mit Datum, Ortsangabe und Unterschrift des Kreditnehmenden und -gebenden zu erfolgen. Diese so geschehene Eintragung wäre nebst einer Abschrift des Vertrages, welche bei der Registerbehörde bleibt, dieser vorzulegen, welche eine Beglaubigung darunterzusetzen und die Abschrift einzuregistrieren hätte. Der Einsicht für dritte Interessierte dient dann nur das Kreditbuch des Schuldners, nicht das behördlich geführte Register. Dadurch wird vermieden, daß der Schuldner durch Einsichtnahme irgendwelcher beliebiger Personen diskreditiert wird. Um nun zu vermeiden, daß der Schuldner die Eintragung im Kreditbuch demjenigen, bei welchem er Kredit aufnehmen will, verschweigt, indem er das Vorhandensein eines Kreditbuches verschweigt bzw. leugnet, muß dem Kreditgebenden das Recht zugestanden werden, daß er vor Kreditierung verlangen kann, daß der Schuldner ihm das Kreditbuch vorlegt. Hier muß nun der Schuldner, wenn er Kredit haben will, entweder das Kreditbuch vorlegen oder aber, falls er noch keine Sicherungsübereignung abgeschlossen hat, sich von der Registerbehörde einen Vermerk aushändigen lassen, daß er noch keine Uebereignung vorgenommen hat. Die Registerbehörde hat also in diesem Falle zu prüfen, ob schon eine Uebereignung vorgenommen ist. Als Ausweis des Schuldners würde es genügen, wenn er mit einem Legitimationspapier, z. B. einer polizeilichen Anmeldung, seine Identität der Behörde gegenüber nachweist. Hier wird nun die Registerbehörde zum Kontrollorgan zum Schutze dritter Personen. Der Gläubiger kann dann, wenn er entweder sieht, daß noch keine Sicherungsübereignung abgeschlossen ist, getrost den Kredit geben, indem er dafür Sorge trägt, daß der Uebereignungsvertrag in das Kreditbuch eingetragen und nebst Abschrift der Behörde vorgelegt wird.

Ist nun aber schon eine Sicherungsübereignung vorgenommen, ohne daß sie der Behörde zur Registrierung kund getan ist, so erlischt sie in dem Zeitpunkt, wo der Vermerk der Registerbehörde unter die Eintragung im Kreditbuch gesetzt wird. Der Gläubiger wird also gut tun, von dem Schuldner das Vorlegen des behördlichen Vermerks zu verlangen, wozu er gesetzlich berechtigt sein

muß. Tut er dies nicht, so hat er die eventuellen Folgen zu tragen. Die Frage der rechtsgültigen Wirksamkeit des Vertrages ist dahin zu beantworten, daß er sofort wirksam ist, daß er aber erlöschen kann, wenn er nicht den behördlichen Vermerk erhält. Letzterer kann von der Behörde in kürzester Zeit erfolgen, da sie nur zu prüfen hat, ob die Abschrift mit dem Orginalvertrag übereinstimmt und die Identität des Schuldners durch Vorzeigen eines Ausweispapieres gegeben ist. Für die Identitätsprüfung könnte es m. E. genügen, wenn ein Vertreter mit einem Ausweispapier des Schuldners erscheint; denn es dürfte doch nicht so leicht sein, eine Schädigung des Schuldners durch Vorzeigen eines falschen Ausweispapieres herbeizuführen.

Ist der Gläubiger ein Ausländer, so kann der Schuldner an dessen Stelle die Unterzeichnung vornehmen, wenn er von dem Gläubiger die Einwilligung hierzu hat. Die Einwilligung hat der Schuldner der Behörde auszuantworten, welche eine sofortige Bestätigung dem Ausländer zuzusenden hat. Damit läuft dieser nicht Gefahr, daß er infolge Nichteintragung und einer weiteren Uebereignung seine Sicherheit verliert. Zu bemerken ist, daß in diesem Falle wohl meist Treuhandgesellschaften in Frage kommen, welche hierfür Sorge tragen müßten. Eine Treuhandgesellschaft also müßte von dem Schuldner die Vorlegung des behördlichen Vermerks verlangen. Aus der Gläubigerunterschrift und der Ortsangabe würde die Behörde ersehen, ob sie eine Mitteilung zu senden hat oder nicht. Hieraus geht die Bedeutung der Mitunterzeichnung des Gläubigers und der Ortsangabe hervor.

Bezüglich der Frage, ob zentrale oder dezentrale Führung des Registers zu befürworten ist, ist m. E. die erstere vorzuziehen und zwar schon aus dem Grunde, weil eine Garantie dafür geschaffen werden muß, daß im Falle einer schon abgeschlossenen Sicherungsübereignung ein späterer Gläubiger hiervon Kenntnis erhält; denn in diesem Falle ist der Schuldner gezwungen, als Beweis für das Fehlen einer Sicherungsübereignung bzw. das Vorhandensein einer solchen einen entsprechenden Vermerk der Zentralbehörde vorzulegen. Da der Gläubiger weiß, daß die Zentralregisterbehörde unbedingt sichere Auskunft gibt und geben muß, kann er sich darauf verlassen. Anders wäre dies, wenn eine Dezentralisation der Register eingeführt würde. Hier könnte ein späterer Gläubiger niemals mit Sicherheit erfahren, ob schon eine Sicherungsübereignung eingetragen worden ist; denn dem Schuldner würde von der Lokalbehörde die Beglaubigung des Fehlens einer Sicherungsübereignung ausgestellt werden, da diese Behörde von einer früheren an dem vorigen Wohnsitz des Schuldners etwa eingetragenen Sicherungsübereignung keine Kenntnis haben kann. Hier würden sich nun Rechtsstreitigkeiten ergeben, da die erste Sicherungsübereignung

eingetragen ist und damit nicht erlöschen kann, also neben der zweiten rechtsgültig sein müßte. Eine Benachrichtigung der folgenden Registerbehörden etwa auf Grund der polizeilichen Abmeldung des Schuldners würde eine zu große Belastung der Registerbehörde bedeuten, da diese ständig die Polizeiabmeldungen nachprüfen müßte. Auch wäre es nicht zu empfehlen, die Polizeibehörden zu verpflichten, im Falle der Abmeldung des ihr von der Registerbehörde bezeichneten Schuldners dieser dieselbe sofort mitzuteilen, da eine solche Bestimmung wohl als eine „polizeiliche Beaufsichtigung" unangenehm empfunden werden würde.

Die Tätigkeit der Registerbehörde würde somit einfach sein, indem sie nur zu prüfen hat, ob eine Identität und Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Vertrag gegeben ist, ferner die Beglaubigung zu erteilen, die Einregistrierung vorzunehmen und evtl. Auskunft zu erteilen.

Die Offensichtlichkeit ist damit geschaffen und zwar nur zugunsten solcher Personen, welche als Kreditgeber in Frage kommen. Sie erleiden keine große Belästigung, da der Schuldner selbst zu der Offensichtlichmachung gezwungen ist.

Der gesicherte Gläubiger ist keiner Gefahr ausgesetzt, da mit Erteilung der Beglaubigung die Sicherungsübereignung durch etwaige untreue Handlungen des Schuldners nicht zum Untergang gebracht werden kann.

Endlich ist der Schuldner nicht einem Diskredit durch die Offensichtlichkeit ausgesetzt. Er darf selbst offensichtlich machen und wem er will. Da die Sicherungsübereignung sofort wirksam ist, wird er auch sofort Kredit erhalten können. Will der Gläubiger erst die Beglaubigung abwarten, bevor er den Kredit gibt, so wird die Kreditgewährung auch nicht viel später erfolgen, da die Beglaubigung vom Schuldner sehr bald infolge der einfachen Tätigkeit der Registerbehörde zu erlangen und vorzulegen sein wird.

Eine Grenzfestsetzung der Höhe des gewährten Kredits ist für die Eintragung nicht zu empfehlen, da die Sicherungsübereignung sehr oft ein Mittel ist, „dem kleinen Mann" aus der Not zu helfen. Ebenfalls darf sie nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt sein, etwa nur für Vollkaufleute, da auch kleine Handwerker und Nichtgewerbetreibende ein berechtigtes Interesse an der Benutzung der Sicherungsübereignung haben.

Bezüglich der Verhinderung eines unnötigen Anschwellens der Register ist auf Melchior (S. 223) zu verweisen, dessen Ansicht dahin geht, daß nach Ablauf einer bestimmten Zeit die Eintragung durch Vernichtung der betreffenden Aktenstücke zu beseitigen ist, wenn nicht der Gläubiger vorher eine von dem Weiterbestehen des Sicherungsvertrages Zeugnis gebende Erklärung der Registerbehörde gegenüber abgegeben hat.

Wenn man ferner dem Vorschlag Melchiors (S. 220) bezüglich der Beschränkung der Angabe der Sicherungsobjekte Beachtung schenkt, so ist zusammenfassend hinsichtlich der oben erwähnten Bedenken zu sagen, daß diese nach dem Gesagten gegenstandslos werden; denn zum Schutze dritter Interessierter genügt es, wenn diese ungefähr die Wirtschaftslage des Schuldners erkennen (Melchior S. 220 f.); zum Schutze eines späteren Gläubigers ist die Zentralisation der Registerführung da, so daß der rasche Wechsel des Standorts der Mobilien keine Schädigung herbeiführen kann. Ferner wird die Erschwerung des geschäftlichen Verkehrs stark gemildert durch die sofortige Wirksamkeit des Vertrags bzw. durch die alsbaldige Heranschaffungsmöglichkeit einer Bestätigung durch die Zentralbehörde, evtl. auf telegraphischem Wege von der Behörde direkt an den Kreditgeber. Auskunfteien brauchen nicht benutzt zu werden, der Gläubiger braucht sich nicht selbst zu vergewissern.

Wir kommen somit zur Schlußfolgerung: etwas Besseres kann nicht an die Stelle der Sicherungsübereignung treten. Wird aber diese in dem geschilderten Sinne gesetzlich neu gestaltet, dann wird sie ein Rechtsinstitut darstellen, welches die Not weitester Wirtschaftskreise, wahrhaft „sozial", vom „kleinen Mann' bis zum Großindustriellen, zu mildern geeignet ist und rechtlich unangefochten eine klare Rechtsprechung finden wird, welche für unsere Wirtschaft von größter Bedeutung ist.

Gesunde Kräfte unseres Wirtschaftslebens haben die Sicherungsübereignung geschaffen und an ihr festgehalten: ihr gesunder Kern kann nicht angezweifelt werden. Die Gesetzgebung aber sollte sich dieses Rechtsinstituts annehmen, was schlechterdings „recht" wäre; denn das Recht hat sich seinem Sekundärcharakter entsprechend nach den gesunden Wirtschaftskräften zu richten und sie zu unterstützen.

Lebenslauf.

Am 6. Juni 1899 wurde ich als Sohn des Konrektors Paulus Ritter und seiner Ehefrau Maria, geb. Wilhelm, in Ersrode (Kreis Rotenburg a. d. Fulda) geboren. Die erste Schulausbildung empfing ich in der Schule meines Vaters und kam dann auf das humanistische Gymnasium zu Hersfeld, das ich im Frühjahr 1919 mit dem Reifezeugnis verließ, um mich dem juristischen Studium auf den Universitäten Marburg und Berlin zu widmen. Nach abgeschlossenem Universitätsstudium bestand ich im Juni 1923 am Kammergericht die erste juristische Prüfung und im Juli 1925 an der Universität Marburg das juristische Doktorexamen. Ich befinde mich jetzt im Vorbereitungsdienst auf das Assessorexamen.

Berlin, im Januar 1926. Wilhelm Ritter.

Druck: Paul Zimmermann, Berlin N 4, Wöhlertstr. 12.